

Université Panthéon-Assas

école doctorale de droit international, droit européen,
relations internationales et droit comparé

Thèse de doctorat en droit
soutenue le 8 juillet 2014

Action antidumping et droit de la concurrence dans l'Union européenne



Université Panthéon-Assas

Damien REYMOND

**Sous la direction de Mme Laurence IDOT, Professeur à l'Université
Panthéon-Assas (Paris II), Collège européen de Paris**

Membres du jury :

M. Jean-François BELLIS, Avocat au barreau de Bruxelles, Professeur, Institut
d'études européennes, Université Libre de Bruxelles (ULB), *rapporteur*

M. Dominique BERLIN, Professeur à l'Université Panthéon-Assas (Paris II),
Collège européen de Paris

Mme Emmanuelle CLAUDEL, Professeur à l'Université Paris Ouest Nanterre la
Défense, *rapporteur*

Mme Laurence IDOT, Professeur à l'Université Panthéon-Assas (Paris II),
Collège européen de Paris

Avertissement

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans cette thèse ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leur auteur.

Remerciements

Mes chaleureux remerciements vont :

À Madame le Professeur Laurence IDOT, pour le sujet passionnant vers lequel elle m'orienta et pour ses conseils et sa patience au cours des nombreuses années de préparation et de rédaction de cette thèse,

À Monsieur Ami BARAV, ancien professeur à l'université Panthéon-Sorbonne (Paris I), qui encouragea ce projet universitaire et l'accompagna par son constant soutien,

À mes parents, qui m'ont transmis le goût du travail, le sens de l'effort et la qualité de persévérance,

À mes relectrices, et à celles et ceux qui m'ont accompagné et soutenu, de différentes manières, au cours de cette expérience intellectuelle et humaine nécessairement très solitaire.

Résumé :

Le droit de l'Union européenne appréhende les comportements d'entreprises en matière de prix par des règles antitrust et par une législation contre le dumping. Ces deux réglementations diffèrent à de nombreux égards. Elles poursuivent des objectifs différents : défense des intérêts de certains concurrents européens *versus* promotion de la libre concurrence au bénéfice des consommateurs. Cependant, toutes deux contribuent à protéger la loyauté de la concurrence (*i.e.* promotion d'une certaine homogénéité des conditions de concurrence). Elles appréhendent des pratiques tarifaires différentes : les marchés concernés sont définis différemment (produit concerné exporté depuis un pays tiers et produit similaire fabriqué par l'industrie de l'Union *versus* marché de produit et marché géographique en cause) et les caractéristiques des entreprises concernées sont également différentes (aucune forme d'accord entre entreprises ou de pouvoir de marché minimum requis par la législation antidumping) ; le dumping discriminatoire n'équivaut à aucun prix discriminatoire anticoncurrentiel, et le dumping à perte n'est pas l'équivalent du prix prédateur ni de tout autre prix bas anticoncurrentiel. Nonobstant leurs différences, les deux réglementations doivent coexister paisiblement. Pourtant, les opportunités de biais protectionnistes dans la détermination du dumping préjudiciable sont toujours nombreuses dans la législation antidumping et la pratique de la Commission. En outre, la mise en œuvre de la législation antidumping peut être néfaste pour la concurrence dans le marché intérieur *via* l'incidence des procédures et des mesures antidumping et les effets anticoncurrentiels de certains comportements d'entreprises dans le cadre des procédures antidumping ou environnant ces dernières. De telles incidences nocives pour la concurrence sont déjà réduites par des dispositions telles que la règle du droit moindre et la clause d'intérêt public (intérêt de l'Union), mais pourraient et devraient l'être davantage.

Descripteurs :

Union européenne, action antidumping, droit de la concurrence, dumping discriminatoire/à perte, prix discriminatoires/prédateurs, intérêt de l'Union, biais protectionnistes, incidences nocives pour la concurrence des procédures et mesures antidumping

Title and Abstract :**Anti-dumping action and competition law in the European Union**

European Union law addresses pricing practices of undertakings through antitrust provisions and an anti-dumping legislation. These two sets of regulations differ in many respects. They pursue different aims: protection of the interest of some European competitors *versus* promotion of free competition for the benefit of consumers. However, they both hept to ensure fair competition (*i.e.* promotion of a level playing field). They address different pricing practices: the markets concerned are differently defined (concerned product exported from one third country and similar product produced by the Union industry *versus* relevant product and geographic markets) and the characteristics of the undertakings concerned are also different (no sort of agreement between undertakings and no minimum market power required in anti-dumping law); price discrimination dumping in not equivalent to any anti-competitive price discrimination and below cost dumping is not equivalent to predatory pricing or to any other low anti-competitive price. Notwithstanding their differences, both sets of regulations have to coexist peacefully. Yet, opportunities of protectionist biases in the determination of injurious dumping are still numerous in the anti-dumping legislation and Commission's practice. Moreover, the enforcement of the anti-dumping legislation may negatively affect competition in the internal market through the impact of the anti-dumping proceedings and measures and the anti-competitive effects of some undertakings' behaviors within the ambit of, or surrounding the anti-dumping proceedings. Such harmful effects on competition of the anti-dumping action are already reduced by provisions such as the lesser duty rule and the public interest clause (Union interest), but could and should be further reduced.

Keywords :

European Union, anti-dumping action, competition law, price discrimination/below cost dumping, discriminatory/predatory pricing, Union interest, protectionist biases, anti-competitive effects of anti-dumping proceedings and measures

PRINCIPALES ABRÉVIATIONS

AELE	Association européenne de libre-échange
aff.	affaire
AJIL	American Journal of International Law
Alta. L. Rev.	Alberta Law Review
Am. U. Bus. L. Rev.	American University Business Law Review
Am. U. I. L. Rev.	American University International Law Review
ANC	autorité nationale de concurrence
Annu. proc. Fordham Corp. Law Inst.	Annual Proceedings of the Fordham Corporate Law Institute – International Antitrust Law & Policy
Antitrust Bull.	The Antitrust Bulletin
Antitrust L. J.	Antitrust Law Journal
Berkeley J. Int'l L.	Berkeley Journal of International Law
Can.-U.S. L. J.	Canada-United States Law Journal
CE	Communauté européenne
CECA	Communauté européenne du charbon et de l'acier
CEE	Communauté économique européenne
CJCE	Cour de justice des Communautés européennes
CJUE	Cour de justice (de l'Union européenne)
CMLR	Common Market Law Review
CNUCED	Conférence des Nations unies sur le commerce et le développement
Comm. eur.	Commission européenne
Comm. CE	Commission des Communautés européennes
Concurrences	Concurrences, Revue des droits de la concurrence
Contrats, conc. consom.	Contrats, concurrence, consommation
Dalhousie J. Legal Stud.	Dalhousie Journal of Legal Studies
DG	direction générale
DS	Droit social
ECLR	European Competition Law Review
EEE	Espace économique européen
Eur. Competition J.	European Competition Journal
Fordham Int'l L. J.	Fordham International Law Journal
GATS	General Agreement on Trade in Services (accord général sur le commerce des services)

GATT	General Agreement on Tariffs and Trade (accord général sur les tarifs douaniers et le commerce)
Geo. Mason L. Rev.	George Mason Law Review
Geo. Wash. Int'l L. Rev. Review	George Washington International Law Review
Geo. Wash. J. Int'l L. & Econ.	George Washington Journal of International Law and Economics
Global Trade & Cust. J.	Global Trade and Customs Journal
Harv. L. Rev.	Harvard Law Review
<i>infra</i>	ci-dessous
Int'l L.	International Lawyer
J. Comp. L. & Econ.	Journal of Competition Law and Economics
J. Int'l Econ. L.	Journal of International Economic Law
JITE	Journal of Institutional and Theoretical Economics
JOCE	Journal officiel des Communautés européennes
JOUE	Journal officiel de l'Union européenne
JWT	Journal of World Trade
Law & Pol'y Int'l Bus.	Law and Policy in International Business
LGDJ	Librairie générale de droit et de jurisprudence
LIEI	Legal Issues of European Integration
LPA	Petites affiches (Les)
Mich. J. Int'l L.	Michigan Journal of International Law
MJIEL	Manchester Journal of International Economic Law
N.Y.U. J. Int'l L. & Pol.	New York University Journal of International Law and Politics
n°	numéro
OCDE	Organisation de Coopération et de Développement Économiques
OMC	Organisation Mondiale du Commerce
<i>op. cit.</i>	<i>opere citato</i> , cité précédemment
ORD	Organe de Règlement des Différends de l'OMC
Parl. eur.	Parlement européen
préc.	précité
p.	page / pages
RAE-LEA	Revue des affaires européennes-Law and European Affairs
RDC	Revue des contrats
Rec.	Recueil des arrêts de la CJCE, puis CJUE (partie I) et du TPICE, puis Tribunal de l'UE (partie II)
REC	Réseau européen de concurrence (ou European Competition Network – ECN)
Rev. conc. consom.	Revue de la concurrence et de la consommation

RIC	Réseau international de la concurrence (ou International Competition Network – ICN)
RIDE	Revue international de droit économique
RLC	Revue Lamy de la concurrence
RTD eur.	Revue trimestrielle de droit européen
RTD com.	Revue trimestrielle de droit commercial et de droit économique
s.	suivants
<i>supra</i>	ci-dessus
SAJE	South African Journal of Economics
TFUE	Traité sur le fonctionnement de l’Union européenne
TPICE	Tribunal de première instance des Communautés européennes
traité CE	traité instituant la Communauté européenne
traité CEE	traité instituant la Communauté économique européenne
traité CECA	traité instituant la Communauté européenne du charbon et de l’acier
Trib.UE	Tribunal de l’Union européenne
TUE	Traité sur l’Union européenne
Tul. J. Int’l & Comp. L.	Tulane Journal of International and Comparative Law
UE	Union européenne
U. Cin. L. Rev.	University of Cincinnati Law Review
U.S.-Mex. L.J.	The United States-Mexico Law Journal
vol.	volume
Weltwirtschaftliches Archiv	Weltwirtschaftliches Archiv, Review World Economics
World. Comp.	World Competition Law and Economic Review
WTR	World Trade Review
Yale L. J.	The Yale Law Journal

Indications relatives à certaines formulations utilisées et à l'usage des italiques

Puisque le *droit communautaire* est devenu le *droit de l'Union*, l'expression *droit de l'Union* doit être employée de préférence à celle de *droit communautaire*. Cette dernière apparaît cependant dans les citations qui l'utilisent et lorsqu'il s'agit d'évoquer des situations antérieures à ce changement intervenu le 1^{er} décembre 2009. Les deux formules doivent être ici considérées comme synonymes.

Par ailleurs, l'adjectif *européen* est utilisé pour désigner ce qui se rapporte à l'Union européenne, dans des expressions telles qu'*intérêt européen* (pour viser l'*intérêt de l'Union européenne*) ou *politique européenne de concurrence* (pour *politique de concurrence de l'Union européenne*), bien qu'il puisse avoir un sens géographiquement plus large. Il est en effet également pertinent pour qualifier ce qui se rapporte à l'Espace économique européen (EEE), quelquefois évoqué dans cette thèse.

Ainsi, seuls ou dans une expression, les termes *Communauté* et *Union* d'une part, et les adjectifs *communautaire* et *européen* d'autre part, doivent être considérés comme équivalents.

Alors que jusque très récemment le règlement antidumping de base actuellement en vigueur utilisait toujours les expressions *industrie communautaire* et *intérêt de la Communauté*, depuis le 1^{er} décembre 2009 ce sont *industrie de l'Union* et *intérêt de l'Union* (ou *intérêt européen*) qui doivent les remplacer. Le récent règlement (UE) n° 37/2014 a révisé la formulation du règlement de base en ce sens, mais seulement s'agissant des dispositions qu'il modifie. Une uniformisation complète reste à faire et le serait dans la prochaine version codifiée du règlement de base. Dans la présente thèse, ces différentes formulations sont utilisées et sont synonymes.

Les expressions *Code antidumping* (ou *Code*) et *règlement de base* désignent les versions actuellement en vigueur de ces textes et, lorsqu'il sera question des versions antérieures, une précision l'indiquera.

Les *italiques* sont utilisés pour les citations (en plus des guillemets), pour les mots et expressions en langue étrangère, pour les formules consacrées, et également pour les notions et les termes sur lesquels l'auteur souhaite attirer l'attention du lecteur.

SOMMAIRE

INTRODUCTION	25
PARTIE I – LES DIFFÉRENCES ENTRE L’ACTION ANTIDUMPING ET LE DROIT DE LA CONCURRENCE	59
TITRE I – LES DIFFÉRENCES CONCERNANT LE CADRE GÉNÉRAL D’APPRÉHENSION DES PRATIQUES TARIFAIRES	63
CHAPITRE I – LES DIFFÉRENCES DANS LES INTÉRÊTS PROTÉGÉS	65
Section 1 – Une réelle divergence sous l’angle de la promotion de la liberté de la concurrence	66
§ I. La défense des intérêts de certains concurrents européens par la législation antidumping	67
A. Le principe : une pratique tarifaire condamnée lorsque préjudiciable à l’industrie de l’Union	67
1° La condamnation d’une pratique causant un préjudice important à des concurrents des auteurs du dumping	68
2° La protection des intérêts de certains concurrents européens des auteurs du dumping	71
B. L’atténuation : une pratique tarifaire neutralisée lorsqu’une mesure n’est pas contraire à l’intérêt de l’Union	74
1° Le rôle négatif de la clause d’intérêt de l’Union dans l’adoption de mesures antidumping	74
2° La diversité des intérêts pris en compte au moyen de la clause d’intérêt de l’Union	78
§ II. La protection de la concurrence dans l’intérêt du consommateur par le droit antitrust	84
A. Une finalité ultime à atteindre : le bien-être du consommateur	84
1° La préservation de la concurrence dans l’intérêt des consommateurs	84
2° Le renforcement de la concurrence par l’intégration des marchés	91
B. Une déviation néfaste à éviter : la protection des seuls concurrents	93
1° La place des concurrents dans la prohibition des ententes	93
2° La place des concurrents dans l’interdiction des abus de position dominante	96
Section 2 – Une certaine complémentarité sous l’angle de la protection de la loyauté de la concurrence	101
§ I. La défense de la loyauté par la législation antidumping	103
A. Une action prétendument dirigée contre une concurrence étrangère déloyale	104
1° Une action fondée sur une prétendue situation de concurrence déloyale	104
2° Une action palliative inapte à établir une situation de concurrence loyale	109

B.	Une action provisoirement nécessaire contre une concurrence étrangère déloyale.....	113
1°	Les conditions européennes d'abandon de l'instrument antidumping.....	113
2°	Des conditions de renoncement à l'antidumping absentes au niveau mondial	118
§ II.	La promotion de la loyauté par le droit de la concurrence.....	125
A.	La promotion par la prohibition de certains comportements d'entreprises....	126
1°	La loyauté promue par la prohibition des ententes anticoncurrentielles	126
2°	La loyauté promue par l'interdiction des abus de position dominante	128
B.	La promotion par le contrôle de certaines actions des États membres	131
1°	La loyauté promue par le contrôle des aides d'État.....	131
2°	La loyauté promue par le contrôle d'autres interventions étatiques	135
	CONCLUSION DU CHAPITRE I.....	137
	CHAPITRE II – LES DIFFÉRENCES DANS LES RÉPARTITIONS DES COMPÉTENCES	141
	Section 1 – Une centralisation des compétences au niveau de l'Union en matière antidumping.....	141
§ I.	La compétence exclusive de l'Union en matière d'adoption de la législation.....	142
A.	Une compétence exclusive attribuée par les États membres	142
1°	La disparition des législations antidumping nationales	142
2°	L'exercice par l'Union d'une compétence au caractère exclusif	144
B.	Une compétence encadrée par la discipline antidumping de l'OMC	147
1°	L'encadrement de l'action antidumping par les accords multilatéraux	147
2°	Le soumission de l'action antidumping au mécanisme de règlement des différends.....	151
§ II.	La compétence principale de l'Union en matière d'application de la législation.....	154
A.	La récente consécration de la Commission comme autorité antidumping	154
1°	La conduite des procédures antidumping	155
2°	L'adoption des mesures antidumping.....	157
B.	L'implication toujours limitée des États membres	159
1°	Le rôle du comité antidumping dans la procédure antidumping	160
2°	Le rôle des autorités nationales dans les enquêtes et la mise en œuvre des mesures antidumping	162
	Section 2 – Une répartition des compétences entre l'Union et les États membres en matière antitrust	163
§ I.	Un partage de la compétence d'adoption de règles antitrust.....	164
A.	Une compétence exclusive de l'Union limitée, mais exercée plus librement qu'en matière antidumping.....	164
1°	Une compétence exclusive exercée sans les contraintes internationales existant en matière antidumping.....	164

2° Une compétence exclusive limitée aux règles nécessaires au fonctionnement du marché intérieur.....	166
B. Une compétence conservée par les États membres en matière de pratiques anticoncurrentielles.....	167
1° La sanction des comportements anticoncurrentiels proscrits par le droit de l'Union.....	167
2° La possibilité de prohiber d'autres pratiques unilatérales anticoncurrentielles	168
§ II. Une répartition des compétences d'application des règles antitrust de l'Union.....	170
A. Une mise en œuvre par la sphère publique décentralisée et diversifiée ..	171
1° Des autorités européenne et nationales dotées d'importantes prérogatives coordonnées	171
2° Une Commission dotée de moyens d'action beaucoup plus variés qu'en matière antidumping	173
B. Une mise en œuvre par la sphère privée encore timide mais encouragée	175
CONCLUSION DU CHAPITRE II ET DU TITRE I.....	179
TITRE II – LES DIFFÉRENCES CONCERNANT LES CARACTÉRISTIQUES DES PRATIQUES TARIFAIRES APPRÉHENDÉES	185
CHAPITRE I – LES DIFFÉRENCES RELATIVES AUX CARACTÉRISTIQUES EXTRINSÈQUES	187
Section 1 – Les différences en matière de définition des marchés concernés	188
§ I. Les différences dans la dimension matérielle du marché.....	190
A. Une définition économique du marché de produits ou services en droit antitrust	191
B. Une définition technique du marché de produits en matière antidumping	197
§ II. Les différences dans la dimension géographique du marché	204
A. Un marché géographique économique en droit antitrust	205
B. Un marché géographique politique en matière antidumping	206
Section 2 – Les différences relatives aux auteurs des pratiques visées	212
§ I. Les conditions requises en matière de pratiques anticoncurrentielles ..	212
A. Une disparition de l'autonomie de comportement sur le marché.....	213
1° Une disparition entre les entreprises parties à l'entente	213
2° Une disparition entre les entreprises constituant l'entité collective	215
B. L'exercice d'un pouvoir de marché minimal	218
1° Le pouvoir de marché prépondérant de l'entreprise dominante	219
2° Le pouvoir de marché significatif des parties à l'entente	223
§ II. L'absence de conditions équivalentes en matière antidumping	229
A. L'absence de vérification de liens entre les auteurs du dumping.....	229
1° Une pratique individuelle appréhendée collectivement	229

2° Les effets juridiques de certains liens entre entreprises impliquées dans le dumping	233
B. L'absence de vérification d'un pouvoir de marché minimal	236
1° Les indices de l'existence d'une exigence de pouvoir de marché minimal	237
2° Les objections à la perception d'une exigence de pouvoir de marché minimal ...	241
CONCLUSION DU CHAPITRE I	246
CHAPITRE II – LES DIFFÉRENCES RELATIVES AUX CARACTÉRISTIQUES INTRINSÈQUES	249
Section 1 – L'asymétrie entre le dumping discriminatoire et les prix discriminatoires anticoncurrentiels	250
§ I. Le dumping discriminatoire	251
A. Une discrimination de prix unidirectionnelle entre deux marchés nationaux	252
B. Un écart injustifié entre valeur sur le marché domestique et prix à l'exportation	256
§ II. Les prix discriminatoires anticoncurrentiels	261
A. Une pluralité des formes de prix discriminatoires	264
1° Les prix discriminatoires géographiques	264
2° Les prix discriminatoires non géographiques	272
B. Une application injustifiée de prix différents à des prestations équivalentes	277
Section 2 – L'absence d'équivalence entre le dumping à perte et les prix bas anticoncurrentiels	282
§ I. Le dumping à perte	283
A. L'évolution d'une dimension du dumping originellement secondaire	284
B. Les niveaux élevés des prix considérés trop bas	289
1° Des prix anormaux parce qu'inférieurs aux coûts totaux moyens	290
2° Des prix condamnés car inférieurs aux coûts totaux moyens augmentés d'un bénéfice	291
§ II. Les prix bas anticoncurrentiels	292
A. Les prix anticoncurrentiels inférieurs aux coûts totaux moyens	294
1° Des prix anticoncurrentiels selon deux niveaux distincts de coûts	294
2° Des prix anticoncurrentiels en l'absence d'une justification admissible	304
B. Les prix anticoncurrentiels supérieurs aux coûts totaux moyens	307
1° Les prix supérieurs aux coûts totaux jugés anticoncurrentiels	308
2° La problématique de la définition d'un prix-limite	312
CONCLUSION DU CHAPITRE II ET DU TITRE II	315
CONCLUSION DE LA PREMIÈRE PARTIE	318

PARTIE II – LES INCIDENCES DE L’ACTION ANTIDUMPING SUR LA CONCURRENCE	323
TITRE I – LES INCIDENCES LIÉES AUX RÈGLES DE DÉTERMINATION DU DUMPING PRÉJUDICIALE	327
CHAPITRE I – L’IDENTIFICATION DE BIAIS PROTECTIONNISTES DANS LA DÉTERMINATION DU DUMPING PRÉJUDICIALE	329
Section 1 – Les biais identifiables dans la détermination de l’existence d’un dumping	330
§ I. Les biais dans la détermination des valeurs à comparer	330
A. Les facteurs de surévaluation de la valeur normale	332
1° Les conséquences inflationnistes du choix de la méthode d’évaluation.....	332
2° Le rôle inflationniste de la notion d’opération commerciale normale	339
3° Les potentialités inflationnistes de la construction de la valeur normale	348
B. Les facteurs de sous-évaluation du prix à l’exportation.....	349
1° L’incidence déflationniste de la définition retenue du prix à l’exportation....	350
2° L’incidence déflationniste du choix de la méthode d’évaluation du prix à l’exportation.....	353
3° Les occasions de minoration dans la construction du prix à l’exportation	356
§ II. Les biais dans la comparaison des valeurs déterminées	359
A. Les risques d’insuffisances des ajustements nécessaires à l’équité de la comparaison	360
1° L’importance d’une comparaison équitable entre prix à l’exportation et valeur normale.....	360
2° L’incidence des conditions communes à tous les ajustements	365
3° L’incidence des conditions spécifiques à certains ajustements	368
B. Les risques de calculs de marges de dumping excessives	372
Section 2 – Les biais identifiables dans la détermination du préjudice imputable au dumping	375
§ I. Les biais dans la définition des préalables à la détermination du préjudice.....	376
A. L’incidence de la définition du produit similaire au produit considéré...	376
B. Les implications de la définition de l’industrie de l’Union subissant le préjudice	378
§ II. Les biais dans la détermination de l’existence d’un préjudice causé par les importations en dumping.....	381
A. L’incidence protectionniste de la détermination de l’existence d’un préjudice	381
B. Les répercussions protectionnistes de la détermination de l’existence d’un lien de causalité	388
1° La vérification d’un lien de causalité entre le préjudice et les importations en dumping	389
2° La prise en compte des autres facteurs de préjudice susceptibles de rompre le lien de causalité.....	391
CONCLUSION DU CHAPITRE I	393

CHAPITRE II – LE TRAITEMENT DES BIAIS PROTECTIONNISTES DANS LA DÉTERMINATION DU DUMPING PRÉJUDICIALE	397
Section 1 – Les réductions de biais protectionnistes réalisées	397
§ I. Les réductions de biais résultant de la discipline multilatérale	399
A. Les réductions de biais en matière de détermination des valeurs à comparer	400
1° Les biais réduits pour l'établissement de la valeur normale	400
2° Les biais réduits pour l'établissement du prix à l'exportation	404
B. Les réductions de biais en matière de comparaison des valeurs déterminées	404
1° Les biais réduits dans les ajustements nécessaires à l'équité de la comparaison	405
2° Les biais réduits dans le calcul de la marge de dumping	408
§ II. Les réductions de biais résultant du règlement des différends	412
A. Les réductions de biais en matière de détermination du dumping	413
1° Les biais réduits pour la détermination de la valeur normale	413
2° Les biais réduits quant aux ajustements en vue d'une comparaison équitable	415
3° Les biais réduits dans l'établissement d'une marge de dumping	417
B. Les réductions de biais en matière de détermination du préjudice	422
1° Les biais réduits dans la détermination des importations faisant l'objet d'un dumping	422
2° Les biais réduits en matière de facteurs de préjudice	425
Section 2 – Les réductions de biais protectionnistes réalisables	427
§ I. Les modifications multilatéralement envisageables de la discipline antidumping de l'OMC	428
A. Les modifications proposées dans le cadre des négociations du Cycle de Doha	428
1° Les objectifs du Cycle de Doha en matière antidumping	428
2° Les modifications envisagées dans les projets de nouveau Code antidumping	430
B. Les autres modifications envisageables de l'encadrement multilatéral	435
§ II. Les modifications unilatéralement envisageables de l'action antidumping européenne	439
A. Une réduction générale par des inflexions dans l'usage du large pouvoir d'appréciation	440
1° Une orientation pro-concurrentielle de l'utilisation du large pouvoir d'appréciation	440
2° Une autolimitation dans l'utilisation du large pouvoir d'appréciation	442
B. Des réductions spéciales par une révision des règles d'établissement du dumping préjudiciable	445
1° Une réduction par des règles d'établissement des valeurs à comparer	445
2° Une réduction par des règles de comparaison des valeurs déterminées	448
3° Une réduction par des règles en matière de détermination du préjudice	449
CONCLUSION DU CHAPITRE II ET DU TITRE I	452

TITRE II – LES INCIDENCES LIÉES À L’APPLICATION DE LA LÉGISLATION ANTIDUMPING 457

CHAPITRE I – L’EXISTENCE DE RESTRICTIONS DE CONCURRENCE LIÉES À L’ACTION ANTIDUMPING 461

Section 1 – Les restrictions de concurrence engendrées par les mesures antidumping 462

§ I. Une réduction globale de l’intensité concurrentielle par les mesures antidumping..... 463

A. Les effets restrictifs de mesures exclusivement tarifaires 464

B. L’exclusion de tout autre remède que les mesures tarifaires 469

§ II. Des restrictions concurrentielles spécifiques aux engagements antidumping..... 473

A. Des effets restrictifs négociés moindres que ceux résultants des droits antidumping..... 473

1° Des restrictions négociées consistant en hausses sélectives des prix474

2° Des restrictions moindres que celles engendrées par les droits antidumping478

B. Des liaisons dangereuses entre engagements antidumping et ententes de prix 482

1° Une altération de concurrence équivalente à celle d’une entente de prix illicite482

2° Une mesure antidumping susceptible de favoriser les ententes illicites484

Section 2 – Les restrictions de concurrence collatérales à l’action antidumping 487

§ I. Les restrictions collatérales liées à l’engagement d’une procédure antidumping..... 488

A. Les actions potentiellement anticoncurrentielles liées à l’introduction d’une plainte 489

1° Les actions licites intrinsèques au dépôt d’une plainte.....489

2° Les actions illicites extrinsèques au dépôt d’une plainte497

B. La réunion potentiellement anticoncurrentielle des informations à fournir dans une plainte 501

1° Le caractère anticoncurrentiel de certains échanges d’informations entre concurrents.....501

2° Le risque d’échanges d’informations anticoncurrentiels dans la préparation d’une plainte505

§ II. Les restrictions collatérales liées au résultat escompté d’une procédure antidumping..... 511

A. Les restrictions alternatives à l’institution de mesures antidumping 512

1° Les alternatives restrictives constituées par les mesures grises.....512

2° Les alternatives restrictives constituées par les ententes antidumping516

B. Les restrictions interférant avec la mise en œuvre de la réaction antidumping..... 519

1° Les pratiques anticoncurrentielles contrariant l’adoption des mesures antidumping520

2° Les pratiques anticoncurrentielles affectant l'application des mesures antidumping	535
CONCLUSION DU CHAPITRE I	539
CHAPITRE II – LA LIMITATION DES RESTRICTIONS DE CONCURRENCE LIÉES À L'ACTION ANTIDUMPING	543
Section 1 – Les moyens matériels de limitation des restrictions de concurrence	544
§ I. Les règles relatives à l'adoption des mesures antidumping	544
A. La possibilité d'adopter des mesures soumise au dépassement de seuils <i>de minimis</i>	545
B. L'opportunité d'instituer des mesures appréciée au regard de l'intérêt de l'Union.....	549
C. L'ampleur des mesures plafonnée par la règle du droit moindre	553
§ II. Les règles encadrant les champs d'application des mesures antidumping.....	556
A. L'encadrement du champ d'application temporel des mesures antidumping.	556
1° Les limitations à l'application des mesures définitives	557
2° Les limitations du recours aux mesures provisoires	564
B. L'encadrement du champ d'application personnel des mesures antidumping	566
1° Le principe d'individualisation des mesures et ses exceptions	566
2° Les réexamens permettant l'adaptation des mesures aux nouveaux exportateurs	571
Section 2 – Les moyens procéduraux de limitation des restrictions de concurrence.....	572
§ I. Une prise en compte améliorée de la concurrence dans la procédure antidumping.....	572
A. Une application renforcée des dispositions pro-concurrentielles de la législation antidumping.....	573
1° Une mise en œuvre anticipée de la clause d'intérêt public	573
2° Une détermination du préjudice important et du lien de causalité plus réceptive aux pratiques anticoncurrentielles constatées	577
B. Une coopération effective entre autorités de concurrence et antidumping	579
§ II. Un renforcement du rôle des parties intéressées dans la procédure antidumping.....	586
A. Le renforcement des droits procéduraux des entreprises directement affectées par les mesures antidumping	588
1° Les droits procéduraux actuellement octroyés aux parties directement affectées	588
2° Les modifications envisageables quant aux droits procéduraux des personnes directement affectées	595

B. L'accroissement des droits procéduraux des utilisateurs et des organisations de consommateurs.....	598
1° La reconnaissance de la qualité de partie intéressée aux utilisateurs et aux organisations de consommateurs.....	599
2° Les progrès envisageables quant aux droits procéduraux des utilisateurs et associations de consommateurs	602
CONCLUSION DU CHAPITRE II ET DU TITRE II	606
CONCLUSION DE LA SECONDE PARTIE.....	608
CONCLUSION GÉNÉRALE	609
BIBLIOGRAPHIE	631
INDEX ALPHABÉTIQUE	673

INTRODUCTION

1. Dans les années soixante-dix, l'application de plus en plus fréquente de la législation antidumping par l'administration Nixon et quelques interventions de l'*Antitrust Division* du ministère de la justice lors d'importantes procédures devant l'*International Trade Commission* suscitèrent l'émergence, dans la doctrine américaine, d'un débat sur les relations entre l'antidumping et l'antitrust¹. Au cours de la décennie suivante, en Europe, la nette augmentation des plaintes déposées, des procédures initiées et des mesures antidumping adoptées² par les institutions

¹ V. Harvey M. APPLEBAUM, « The Antidumping Laws – Impact on the Competitive Process », *Antitrust L. J.*, vol. 43, 1974, p. 590-607 ; Barbara EPSTEIN, « The Illusionary Conflict between Antidumping and Antitrust », *Antitrust Bull.*, vol. 18, 1974, p. 1-22 ; Robert P. ROGERS, « The Illusionary Conflict between Antidumping and Antitrust: A Comment », *Antitrust Bull.*, vol. 19, 1974, p. 369-375 ; John J. BARCELO III, « The Antidumping Law : Repeal It or Revise It », *Mich. YBI Legal Stud.*, vol. 1, 1979, p. 53-93. L'analyse de la problématique s'est ensuite poursuivie, parfois dépassant le seule cadre des relations de l'antidumping avec la concurrence pour couvrir les rapports entre l'ensemble des lois commerciales américaines et les principes antitrust : Jon PAUGH, « Antitrust Principles and U.S. Trade Laws: A Review of Current Areas of Conflict », *Law & Pol'y Int'l Bus.*, vol. 12, 1980, p. 545-610.

Aux États-Unis, l'*Antitrust Division* du Département de la justice exerce des compétences importantes dans la mise en œuvre des règles antitrust. Quant à la compétence antidumping d'exécution, elle est partagée entre deux autorités : la Commission du commerce international (*USITC*), chargée de déterminer l'existence d'un préjudice important pour l'industrie américaine après que le Département du Commerce (*USDOC*) ait, au préalable, constaté l'existence d'importations effectuées en dumping.

² Dans sa *Résolution sur les actions anti-« dumping » de la Communauté* du 16 décembre 1981 (*JOCE C 11*, 18 janvier 1982, p. 37), le Parlement européen prenait « acte de la nette augmentation constatée récemment dans le volume des plaintes déposées pour dumping » et demandait, entre autres, que la Commission publie « un rapport annuel analogue au rapport sur la politique de concurrence ». Trois ans plus tôt, dans une *Résolution sur la pratique du dumping et l'Europe menacée par la concurrence sauvage* (*JOCE C 108*, 8 mai 1978, p. 21), le Parlement demandait à la Commission « de poursuivre et de renforcer [...] les actions judiciaires et énergiques qu'elle a entreprises pour préserver les industries communautaires d'une désorganisation du marché et de certaines pratiques commerciales telles que le dumping et les subventions » et, en 1996 un rapport parlementaire s'intéressait à « l'attitude de la CEE face au dumping, dont on se préoccupe surtout depuis 1979 avec le développement de la crise et des attaques commerciales déloyales » (Parl. eur., rapport de Mme Jacqueline THOME-PATENOTRE, fait au nom de la Commission des relations économiques extérieures sur les mesures anti-dumping et anti-subventions ainsi que les problèmes annexes du commerce extérieur, document de séance A 2-73/86, 3 juillet 1986, p. 24). En 1983, le premier rapport annuel de la Commission au Parlement européen indiquait que le nombre de procédures engagées était passé de 25 en 1980 à 58 en 1982 (Comm. eur., *Premier rapport annuel de la Commission des Communautés européennes sur les actions antidumping et antisubventions de la Communauté*, 28 septembre 1983, COM(1983) 519 final, 38 p. ; spéc. p. 2). La même année, dans la préface de l'ouvrage d'Henry LESGUILLONS (*Le régime communautaire de protection contre le*

communautaires provoqua une réflexion analogue à propos des interactions entre l'action antidumping et la politique de concurrence³. Quant aux enceintes internationales, dès 1984 l'OCDE scrutait les interactions entre les politiques de concurrence et de commerce extérieur de ses membres⁴. Au début des années 1990, avec les affaires *Nölle* et *Extramet*⁵, la problématique s'invita dans le prétoire européen. La poursuite et l'amplification du débat doctrinal⁶, les évolutions conventionnelles, législatives et jurisprudentielles⁷ au cours des deux décennies écoulées, et la persistance d'une activité antidumping soutenue⁸, invitent à scruter l'état des rapports entre l'action antidumping et la concurrence, le cadre géographique retenu étant celui de l'espace économique intégré très singulier que constitue l'Union européenne. Par ailleurs, la quasi-totalité de la doctrine consacrée à ces relations étant

dumping et les subventions, Paris, FEDUCI, 1983, 261 p.), Guy PEVTCHIN remarquait que « [d]e 1970 à 1978, à peine 40 demandes d'ouverture d'enquête furent introduites. Seules trois donnèrent lieu à imposition de droits supplémentaires et 21 enquêtes furent closes par des engagements. De 1978 à 1982 par contre, 275 enquêtes furent entamées qui résultèrent en 42 impositions de droits et 139 engagements ». Et en 1986, des fonctionnaires communautaires soulignaient que bien qu'en matière antidumping la compétence avait été transférée aux institutions communautaires dès 1968, la croissance de l'activité antidumping ne commença réellement qu'au milieu des années 1970 et s'était encore accentuée dans la décennie alors en cours (Hans-F. BESELER et A. Neville WILLIAMS, *Anti-Dumping and Anti-Subsidy Law : the European Community*, Londres, Sweet & Maxwell, 1986, 438 p. ; spéc. préface, p. v).

³ Paul VANDOREN, « The interface between anti-dumping and competition law and policy in the European Community », *LIEI*, 1986/2, p. 1 ; Patrick A. MESSERLIN, « The E.C. Antidumping Regulations: A First Economic Appraisal, 1980-1985 », *Weltwirtschaftliches Archiv*, vol. 125, n° 3, 1989, p. 563-587 ; John TEMPLE LANG, « Reconciling European Community Antitrust and Antidumping, Transport and Trade Safeguard Policies – Practical Problems », in : Barry HAWK (éd.), *Annu. proc. Fordham Corp. Law Inst. (1988)*, (éd. 1989), chapitre 7 ; Jacques H. J. BOURGEOIS, « Antitrust and Trade Policy, A Peaceful Coexistence? European Community perspective », *Int. Bus. Lawyer*, vol. 17, 1989, p. 58-67 (part. I) et p. 115-122 (part. II).

⁴ OCDE, *Competition and Trade Policies, Their Interaction*, 1984, 132 p.

⁵ CJCE, 22 octobre 1991, *Eugen Nölle c/ Hauptzollamt Bremen-Freihafen*, aff. C-16/90, *Rec.* p. I-5163, et CJCE, 11 juin 1992, *Extramet Industries SA c/ Conseil*, aff. C-358/89, *Rec.* p. I-3813.

⁶ V., en particulier, les études visées *infra* dans les notes de bas de page n° 117 à 125.

⁷ Sont ici visés, respectivement, le Code antidumping de 1994, le règlement de base de 1996, ses modifications ultérieures, sa codification en 2009 elle aussi par la suite modifiée, les arrêts des juridictions européennes et les rapports des groupes spéciaux et de l'Organe d'appel de l'ORD de l'OMC.

⁸ Nonobstant des fluctuations annuelles importantes selon les années et une tendance à la réduction dans la décennie 2000 par rapport à la décennie précédente : ainsi, le nombre de droits définitifs institués est passé d'une petite centaine dans la décennie 1980 (94 entre 1980 à 1989) à plus de 200 dans la décennie suivante (235 entre 1990 et 1999) pour redescendre à 160 dans la dernière décennie (entre 2000 et 2009) (données concernant la Communauté européenne, puis l'Union européenne, tirées des rapports annuels de la Commission au Parlement européens sur les activités antidumping, antisubventions et de sauvegarde). La pratique de la Commission en matière antidumping et antisubventions consiste à retenir comme nombre de droits définitifs non pas le nombre de règlements instituant des droits définitifs adoptés, mais le nombre de produits et de pays concernés : ainsi lorsqu'un règlement institue des droits définitifs concernant les importations d'un produit donné en provenance de deux pays distincts, il est considéré que 2 mesures définitives ont été instaurées.

en langue anglaise, l'ambition de cette étude consiste également à en proposer une présentation en français.

2. Dans l'Union européenne, action antidumping et politique de concurrence se distinguent à de nombreux égards. Entre autres dissemblances, les règles de la seconde relatives aux comportements anticoncurrentiels d'entreprises – *i.e.* les règles antitrust⁹ – appréhendent une grande variété de pratiques affectant le marché intérieur alors que les instruments de la première neutralisent exclusivement les effets d'une pratique tarifaire portant sur des importations de pays tiers¹⁰. L'une et l'autre partagent néanmoins une préoccupation pour les agissements d'entreprises en matière de prix. Certes, le prix n'est pas l'unique paramètre de la compétition économique. Son niveau et ses variations en constituent toutefois les expressions les plus immédiatement visibles et il en demeure probablement le premier variable, nonobstant l'importance prise depuis quelques décennies par l'innovation de plus en plus rapide, la diversité de plus en plus grande, et la qualité de plus en plus hétérogène des produits et services proposés. Si, selon une formulation jurisprudentielle en substance régulièrement réitérée par les juges européens, « *la concurrence par les prix, pour importante qu'elle soit – de sorte qu'elle ne peut jamais être éliminée – ne constitue toutefois pas la seule forme efficace de concurrence ni celle à laquelle doit, en toutes circonstances, être accordée une*

⁹ Bien qu'*antitrust* soit un terme d'origine anglaise (qui figure dans certains dictionnaires français, tels *Le Petit Robert* (2011) et *Le nouveau Littré* (2007), mais pas dans la neuvième édition du *Dictionnaire de l'Académie française*), il convient ici de le préférer à celui de *concurrence* pour désigner les prohibitions des ententes et abus de position dominante, pour deux raisons. En premier lieu, parce que les traités européens et le droit dérivé de l'Union contiennent des règles de concurrence autres que ces deux interdictions, en particulier en matière de contrôle des aides d'États et des concentrations d'entreprises. Les expressions *droit antitrust*, *normes antitrust* et *règles antitrust* seront, par conséquent, utilisées pour viser spécifiquement ces deux interdictions fondamentales de comportements d'entreprises (*i.e.* les règles de concurrence applicables aux entreprises), et celles de *droit de la concurrence*, *règles de concurrence*, et *normes de concurrence*, employées pour désigner plus généralement les dispositions qui relèvent de la politique de concurrence de l'Union (et antérieurement de la Communauté européenne). En second lieu, car le mot *antitrust* est utilisé, aux États-Unis notamment, pour désigner les prohibitions équivalentes aux interdictions européennes des pratiques anticoncurrentielles, et parce qu'une grande partie de la doctrine consacrée à la problématique *antidumping et concurrence* est américaine.

¹⁰ Il n'existe plus de *dumping* entre États membres (*dumping intracommunautaire*) depuis la fin de la période de transition (en 1968). Le *dumping intracommunautaire*, régi par l'ancien article 91 CEE (abrogé par le traité d'Amsterdam mais inappliqué et inapplicable depuis la fin de la période de transition) était une pratique de discrimination de prix entre deux États membres de la Communauté économique européenne (sur cette disposition, v., en particulier, Thiébaud FLORY, « Commentaire de l'article 91 du traité CE », in : Vlad CONSTANTINESCO, Jean-Paul JACQUÉ, Robert KOVAR et Denys SIMON (dir.), *Traité instituant la CEE, Commentaire article par article*, Paris, Economica, 1992, 1648 p., p. 485-487).

priorité absolue »¹¹, la compétition tarifaire est primordiale pour la plupart des opérateurs économiques. Elle peut être si agressive qu'elle en devient insupportable pour certains.

À l'orée du XX^{ème} siècle, les surproductions dans certains pays avaient mené à des pratiques d'écoulement des surplus à bas prix sur des marchés étrangers. Cette concurrence externe à bas prix, perçue comme déloyale par les industries domestiques de certains pays, suscita l'adoption des premières législations contre le dumping¹². L'intérêt pour les niveaux de prix n'était pas nouveau. La préservation de ce paramètre essentiel à la compétition commerciale par l'édiction de normes de concurrence remonte à l'Antiquité, non pour éviter les effets de prix cassés, mais afin d'empêcher des tarifications excessives¹³. Ainsi, la *Lex Julia de Annona* votée à Rome vers 50 av. J.C. sanctionnait les arrangements visant à élever le prix du blé¹⁴. En 301 ap. J.C., l'*Édit de Dioclétien établissant le maximum dans l'empire romain* visait des pratiques spéculatives, tel l'accaparement, et imposait un prix plafond pour

¹¹ CJCE, 25 octobre 1977, *Metro c/ Commission*, aff. 26/76, *Rec.* p. 1875 (pt 21) ; v., également, la formule similaire dans l'arrêt du 9 septembre 2003, *Consorzio Industrie Fiammiferi (CIF) c/ Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, aff. C-198/01, *Rec.* p. I-8055 (pt 68), reprise par le TPICE dans son arrêt du 27 septembre 2006, *GlaxoSmithKline Services Unlimited c/ Commission*, aff. T-168/01, *Rec.* p. II-2969 (pt 109).

¹² La première loi est celle promulguée au Canada, en 1903, « pour protéger l'industrie locale contre les attaques particulièrement agressives des grands trusts américains qui affectaient surtout le secteur sidérurgique. Elle fut suivie, en 1905, par des initiatives analogues prises par l'Australie et la Nouvelle-Zélande, puis par la France et le Japon respectivement en 1910 et 1911 » (Joël BOUDANT, *L'anti-dumping communautaire*, Paris, Economica, 1991, 333 p. ; ici p. 16). Certes, antérieurement, en 1894, les États-Unis avaient institué un droit additionnel sur le sucre importé ayant bénéficié, dans le pays d'origine, d'une prime directe ou indirecte à l'exportation, puis avait étendu ce régime de défense à toutes les marchandises. Mais n'étaient visées que des subventions à l'exportation, et non pas une forme de dumping au sens moderne du terme (celui du GATT de 1947) (Henry LESGUILLONS, *Le régime communautaire de protection contre le dumping et les subventions*, *op. cit.* ; spéc. p. 8-9). La première loi américaine contre un dumping proche de celui du futur GATT fut la Loi de 1916 (régime d'amende), suivie par la Loi anti-dumping de 1921 (droit de douane additionnel) « dont l'influence se fera sentir dans toutes les interventions législatives et toutes les réglementations ultérieures » (Joël BOUDANT, *L'anti-dumping communautaire*, *op. cit.* ; ici p. 16). Pour des présentations plus exhaustives de l'« histoire » du dumping, en plus des ouvrages précités d'Henry LESGUILLONS et de Joël BOUDANT, v. également : Antonio MASTROPASQUA, *Le marché commun et la défense contre le dumping, De la nécessité d'une législation antidumping communautaire*, Rome, Guido Pastena Editore, 1965, 262 p. ; spéc. p. 1-9.

¹³ Pour une présentation récente de l'histoire des règles de concurrence, v. Catherine PRIETO et David BOSCO, *Droit européen de la concurrence, Ententes et abus de position dominante*, Bruxelles, Bruylant, 2013, 1520 p. ; spéc. p. 15 et s.

¹⁴ Vesselina SPASSOVA, « Les lois contre les restrictions de la concurrence dans l'ancienne *common law*. Un essai de décryptage de l'évolution de la doctrine légale », disponible à l'adresse : http://junon.u-3mrs.fr/afa_10w21/RePEc/cgm/wpaper/DR_41_0607_Spassova.pdf.

plus d'un millier de produits et services¹⁵. En 483 ap. J.C., la Constitution de l'empereur Zénon « *contenait un décret [...] [ayant] pour ambition de protéger le consommateur des augmentations abusives de prix* »¹⁶. À partir du X^{ème} siècle, l'Angleterre légiférait « *pour contenir les augmentations de prix des produits de première nécessité* »¹⁷ et, en Europe continentale, des dispositions similaires étaient édictées entre les XIII^{ème} et XVI^{ème} siècles¹⁸. Quant à l'apparition du droit moderne de la concurrence en Amérique du nord à la fin du XIX^{ème} siècle, il trouve l'une de ses racines dans les difficultés des agriculteurs et des petites entreprises américaines confrontés à « *l'élévation des prix des intrants commercialisés par les trusts* » constitués afin « *d'enrayer la spirale de concurrence destructrice sur le marché* » provoquée par l'apparition de surcapacités¹⁹. Un demi-siècle après les premières lois antitrust naissait le *droit*²⁰ antidumping moderne avec la signature, en 1947, de l'Accord général sur les tarifs et le commerce (le GATT²¹)²², consacré au seul *dumping de prix*, inspiré par les travaux de la doctrine dans l'entre-deux guerres²³ et

¹⁵ *Édit de Dioclétien: Etablissant Le Maximum Dans L'Empire Romain.*, Nabu Press, 2011, 58 p. (réimpression de : W. H. WADDINGTON, *Édit de Dioclétien, établissant le maximum dans l'empire romain*, Paris, 1864).

¹⁶ Vesselina SPASSOVA, « Les lois contre les restrictions de la concurrence dans l'ancienne *common law*. Un essai de décryptage de l'évolution de la doctrine légale », préc. ; ici p. 6.

¹⁷ Nicolas PETIT, *Droit européen de la concurrence*, Paris, Montchrétien – Lextenso éditions, 2013, 684 p. ; ici p. 40.

¹⁸ Vesselina SPASSOVA, « Les lois contre les restrictions de la concurrence dans l'ancienne *common law*. Un essai de décryptage de l'évolution de la doctrine légale », préc. ; spéc. p. 7.

¹⁹ Nicolas PETIT, *Droit européen de la concurrence*, *op. cit.* ; ici p. 42-43.

²⁰ En matière antidumping le terme *droit* renvoie généralement à la mesure instituée contre les importations effectuées en dumping – le droit antidumping provisoire et le droit définitif – sous la forme d'une taxe douanière sur les importations, additionnelle à celle résultant du tarif douanier applicable. Pour éviter une confusion, lorsque, comme ici, il désigne la législation antidumping, il est mis en *italique*.

²¹ Sigle, communément utilisé dans les ouvrages en français, et utilisé dans cette thèse, de l'intitulé en anglais de l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce : *General Agreement on Tariffs and Trade*.

²² L'article VI du GATT de 1947 est la première disposition internationale applicable, la disposition équivalente relative au dumping de la Charte de La Havane, dont l'Accord général est un extrait, n'étant, à l'instar de la Charte elle-même, jamais entrée en vigueur.

²³ En particulier le Mémoire adressé en 1922 à la Société des nations (SDN) par A. PIRELLI et A. DI NOLA (« Mémoire sur l'unification internationale des lois contre le dumping », distribué aux membres de la Commission économique de la SDN, E.F.S. 350-B 89, Genève, 31 août 1922), le rapport de Maurice HENRIQUET présenté en 1923 à la Chambre de commerce internationale (CCI) (« *La définition du dumping, les tendances législatives actuelles, l'opportunité et les écueils des mesures anti-dumping* », rapport publié par la CCI, doc. 2590, Paris, 27 mars 1927), et le « Mémoire sur le dumping » rédigé par Jacob VINER en 1926 pour le Comité préparatoire de la Conférence économique internationale (SDN, section économique et financière. C.E.C.P. 36, Genève, 1926). Jacob VINER avait antérieurement publié un ouvrage dédié au dumping : *Dumping : A Problem in International Trade*, New York, Augustus M. Kelley Publishers, 1966 (réimpr. 1923), 381 p.

motivé par la nécessité d'harmoniser les législations nationales afin d'éviter leur utilisation protectionniste.

3. En Europe, le traité instituant, en 1951, la Communauté européenne du charbon et de l'acier (CECA), non seulement appréhendait spécifiquement, « *en matière de prix* », certaines pratiques telles que « *les baisses de prix purement temporaires [...] tendant à l'acquisition d'une position de monopole* » et « *l'application [...] de conditions inégales à des transactions comparables* »²⁴, mais visait aussi, par une prohibition générale des ententes, des comportements tarifaires anticoncurrentiels²⁵. Quelques années plus tard, des prohibitions antitrust des ententes et abus de position dominante, notamment en matière de prix, figuraient dans le traité de Rome établissant la Communauté économique européenne (CEE). Les traités fondateurs contenaient ainsi des règles destinées, entre autres, à protéger la concurrence au niveau des prix dans le marché commun. Par ailleurs, le traité CECA habilitait la Haute Autorité à prendre des mesures contre « *des procédés de dumping ou d'autres pratiques condamnées par la Charte de la Havane [qui seraient] constatés à la charge de pays non membres de la Communauté ou d'entreprises situées dans ces pays* »²⁶, et le traité CEE prévoyait, « *après l'expiration de la période de transition* », l'adoption, dans le cadre d'une politique commerciale commune, de « *principes uniformes notamment en ce qui concerne [...] les mesures de défense commerciale, dont celles à prendre en cas de dumping* »²⁷. Par suite, en 1958 était en place le cadre normatif général dans lequel allaient pouvoir naître et se développer les relations entre des normes antitrust communautaires conçues par les États fondateurs²⁸ et des règles antidumping dont la Communauté allait devoir se doter en vertu d'une

²⁴ Article 60 CECA. L'article 3 du traité confiait aux institutions de la CECA le soin, « *dans le cadre de leurs attributions respectives et dans l'intérêt commun : [...] c) [de] veiller à l'établissement des prix les plus bas dans des conditions telles qu'ils n'entraînent aucun relèvement corrélatif des prix pratiqués par les mêmes entreprises dans d'autres transactions ni de l'ensemble des prix dans une autre période, tout en permettant les amortissements nécessaires et en ménageant aux capitaux engagés des possibilités normales de rémunération* ».

²⁵ Tels que les accords tendant « *à fixer ou déterminer les prix* » : article 65, paragraphe 1, a), CECA.

²⁶ Article 74 CECA. En outre, l'article 3 du traité visait, parmi les missions des institutions de la CECA, celle consistant à « *f) promouvoir le développement des échanges internationaux et veiller au respect de limites équitables dans les prix pratiqués sur les marchés extérieurs* ».

²⁷ Article 113 CEE, devenu ensuite, quelque peu modifié, l'article 133 CE (suite à la renumérotation par le traité d'Amsterdam), et désormais, encore altéré, l'article 207 TFUE (résultant du traité de Lisbonne). Cet article a connu plusieurs modifications successives qui, cependant, ne concernaient pas la lutte antidumping.

²⁸ Un seul d'entre eux, la République Fédérale d'Allemagne (RFA) disposant, en 1958, d'une législation interne de concurrence similaire.

compétence attribuée par ses membres, dans le respect des dispositions de l'article VI du GATT de 1947 restant alors à préciser. Si de nombreuses autres dispositions relevant de divers domaines du droit de l'Union comme de ceux des États membres, telles que l'harmonisation des législations et réglementations de ces derniers, les dispositions sur les libertés de circulation, celles relatives aux marchés publics, etc., concernent également les conditions de la compétition économique, les règles antitrust et antidumping sont les seules à viser des pratiques tarifaires d'entreprises en raison de leurs effets réels ou présumés sur un marché – nonobstant la signification différente de ces termes dans les deux législations.

4. Ces brèves évocations historico-juridiques attestent de la prégnance des préoccupations relatives aux prix dans l'émergence des lois de concurrence et de défense commerciale. Les manipulations et brusques variations de prix jugées dommageables par les pouvoirs publics ou les acteurs économiques inspirent, depuis leurs origines respectives, tant les premières que les secondes. Ce fragmentaire survol historique témoigne également de la coexistence, dès les débuts de la construction européenne, de normes communautaires de droit moderne de la concurrence, inspirées des règles antitrust américaines, et de dispositions contre les importations de pays tiers effectuées en dumping, à l'origine nationales²⁹ mais appelées à être remplacées par une législation communautaire conforme au droit du GATT. Initié en 1962, le travail législatif devait aboutir en 1968³⁰, peu de temps après la conclusion des

²⁹ Lorsqu'elles existaient dans les États membres : en 1958, seuls la RFA, la France et l'Italie disposaient d'une législation visant le dumping, inspirées par l'article VI du GATT de 1947. En revanche, la Belgique, les Pays-Bas et le Luxembourg ne disposaient pas de législations spécifiques au dumping (v. la reproduction des législations pertinentes des six États fondateurs par Antonio MASTROPASQUA in : *Le marché commun et la défense contre le dumping, De la nécessité d'une législation antidumping communautaire*, op. cit., ; spéc. p. 93-127). Ainsi, « les législations nationales des États membres, alors en vigueur, présentaient [...] de telles disparités qu'elles ne pouvaient permettre une lutte efficace contre les pratiques de dumping des pays tiers » (Joël BOUDANT, *L'anti-dumping communautaire*, op. cit. ; ici p. 46).

³⁰ En 1968, s'agissant de la CEE, la législation communautaire s'est substituée aux législations nationales existantes. Dans le cadre du traité CECA, aujourd'hui expiré (depuis le 23 juillet 2002), une réglementation antidumping avait également été adoptée en 1979 pour les produits couverts par ce traité, puis modifiée à plusieurs reprises. Ces règles qui, à l'exception des celles relatives au processus décisionnel, étaient pratiquement identiques à celles du règlement antidumping de base, ne seront pas davantage évoquées dans la présente thèse. À partir du 24 juillet 2002, les produits couverts par le traité CECA ont relevé du traité CE ; ils relèvent désormais du TFUE et toute action antidumping les concernant est traitée conformément aux dispositions du règlement de base (v. règlement (CE) n° 963/2002 du Conseil, du 3 juin 2002, fixant des dispositions transitoires concernant les mesures antidumping et compensatoires adoptées en vertu des décisions n° 2277/96/CECA et n° 1889/98/CECA de la Commission ainsi que les demandes, plaintes et

négociations du *Kennedy Round* par la signature d'accords plurilatéraux, dont le premier Code antidumping³¹. Liée par ce dernier³², et également par l'Accord général³³, la Communauté se dotait de son premier règlement de base antidumping, « *calqué* »³⁴ sur ce Code³⁵. Cette réglementation³⁶, relative à l'un des instruments de défense commerciale (IDC)³⁷ de la politique commerciale commune (PCC)³⁸, devait

enquêtes antidumping et antisubventions en cours relevant de ces décisions, *JOCE* L 149, 7 juin 2002, p. 3).

³¹ *Accord relatif à la mise en œuvre de l'Article VI de l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce*, adopté le 30 juin 1967, publié au *JOCE* L 305, 19 décembre 1968, p. 12. Ce premier accord, et également ses successeurs, sont couramment appelés *Code antidumping*, nonobstant le fait que, d'une part, cette expression n'était utilisée dans les premier et deuxième Codes que comme intitulé de leur seule partie I respective (le premier Code contenant également une partie II intitulée « *dispositions finales* » ; le deuxième contenait une partie II sans titre, constituée de deux articles relatifs, pour l'un, au comité des pratiques antidumping et, pour l'autre, aux consultations, conciliations et règlements des différends), et que, d'autre part, elle ne figure plus dans le troisième Code.

³² Conformément à l'article 228, paragraphe 2, CEE (actuellement article 216, paragraphe 2, TFUE), le premier Code étant l'un des accords conclus par la Communauté à l'issue du *Kennedy Round* : v. décision du Conseil du 27 novembre 1967, portant conclusion d'accords multilatéraux signés à l'issue de la Conférence de négociations commerciales de 1964-1967, *JOCE* L 305, 19 décembre 1968, p. 1.

³³ Comme la Cour de justice devait ultérieurement le reconnaître : CJCE, 12 décembre 1972, *International Fruit Company*, aff. jtes 21 à 24/72, *Rec.* p. 1219 (pt 18).

³⁴ Joël BOUDANT, *L'anti-dumping communautaire*, *op. cit.* ; ici p. 46.

³⁵ Règlement (CEE) n° 459/68 du Conseil, du 5 avril 1968, relatif à la défense contre les pratiques de dumping, primes ou subventions de la part de pays non membres de la Communauté économique européenne, *JOCE* L 93, 17 avril 1968, p. 1 : comme son intitulé l'indique, le règlement ne visait pas seulement le dumping, mais également les subventions. La dissociation entre les réglementations antidumping et anti-subsvention n'interviendra qu'en 1994.

³⁶ Initialement fondée sur l'article 113 CEE (devenu ensuite article 133 CE) et désormais basée sur l'article 207 TFUE.

³⁷ Les autres principaux instruments de défense commerciale en matière de marchandises étant :

- les mesures anti-subsvention qui, depuis 1994, ne sont plus conjointement régies avec les mesures antidumping, et sont aujourd'hui prévues par le règlement (CE) n° 597/2009 du Conseil, du 11 juin 2009, relatif à la défense contre les importations qui font l'objet de subventions de la part de pays non membres de la Communauté européenne, *JOUE* L 188, 18 juillet 2009, p. 93 ;

- les mesures de sauvegarde, actuellement envisagées par le règlement (CE) n° 260/2009 du Conseil, du 26 février 2009, relatif au régime commun applicable aux importations, *JOUE* L 84, 31 mars 2009, p. 1 (pour les pays membres de l'OMC) et le règlement (CE) n° 625/2009 du Conseil, du 7 juillet 2009, relatif au régime commun applicable aux importations de certains pays tiers, *JOUE* L 185, 17 juillet 2009, p. 1 (pour les pays non-membres de l'OMC) ;

- les mesures contre les obstacles au commerce, prévues par le règlement (CE) n° 3286/94 du Conseil, du 22 décembre 1994, arrêtant des procédures communautaires en matière de politique commerciale commune en vue d'assurer l'exercice par la Communauté des droits qui lui sont conférés par les règles du commerce international, en particulier celles instituées sous l'égide de l'Organisation mondiale du commerce (OMC), *JOCE* L 349, 31 décembre 1994, p. 71.

³⁸ Le domaine initial de cette politique comprenant, outre la défense commerciale, « *les modifications tarifaires, la conclusion d'accords tarifaires et commerciaux, l'uniformisation des mesures de libérations* » et « *la politique d'exportation* » (y compris les aides à l'exportation) (article 113 CEE, devenu article 133 CE, désormais article 207 TFUE). Le domaine des accords tarifaires et commerciaux originellement limité aux échanges de marchandises a été élargi au commerce des services, aux aspects commerciaux de la propriété intellectuelle et aux investissements étrangers directs.

ultérieurement très régulièrement évoluer avec l'adoption de nouveaux règlements de base et des modifications à ceux successivement en vigueur³⁹, afin de transposer les deuxième et troisième Codes antidumping, respectivement signés en 1979⁴⁰ et 1994⁴¹, ou pour réagir aux évolutions du commerce international⁴², à une solution jurisprudentielle européenne⁴³ ou à des constatations d'instances internationales de règlements des différends⁴⁴. Ainsi, entre 1968 et 2013, sept règlements de base se sont succédés⁴⁵ et un plus grand nombre de règlements modificatifs ont été pris.

³⁹ Jusqu'aux règlements modificatifs de juin et décembre 2012 et de janvier 2014, les règlements avaient tous été adoptés par le seul Conseil, le Parlement n'étant devenu co-législateur en matière de politique commerciale commune qu'avec le traité de Lisbonne, entré en vigueur le 1^{er} décembre 2009 (v. article 207, paragraphe 2, TFUE).

⁴⁰ *Accord relatif à la mise en œuvre de l'Article VI de l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce*, adopté le 12 avril 1979, publié au *JOCE* L 71, 17 mars 1980, p. 90.

⁴¹ *Accord sur la mise en œuvre de l'article VI de l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce de 1994*, adopté le 15 avril 1994, publié au *JOCE* L 336, 23 décembre 1994, p. 103.

⁴² V., notamment, le règlement (CEE) n° 1761/87 du Conseil, du 22 juin 1987, modifiant le règlement (CEE) n° 2176/84 relatif à la défense contre les importations qui font l'objet d'un dumping ou de subventions de la part de pays non membres de la Communauté économique européenne, *JOCE* L 167, 22 juin 1987, p. 9, pour traiter le phénomène nouveau des *usines tournevis* (assemblage dans la Communauté de produits dont l'importation en tant que produits finis est soumis à un droit antidumping).

Ainsi que plusieurs règlements modifiant de règlement de base s'agissant de la liste des pays considérés comme n'ayant pas une économie de marché.

⁴³ V. le règlement (UE) n° 1168/2012 du Parlement européen et du Conseil, du 12 décembre 2012, modifiant le règlement (CE) n° 1225/2009 du Conseil relatif à la défense contre les importations qui font l'objet d'un dumping de la part de pays non membres de la Communauté européenne, *JOUE* L 344, 14 décembre 2012, p. 1, adopté suite à l'arrêt CJUE, 2 février 2012, *Brosmann Footwear (HK) Ltd e.a. c/ Conseil e.a.*, aff. C-249/10 P (non encore publié au *Rec.*), relatif au traitement des demandes d'entreprises souhaitant obtenir le statut de société opérant dans les conditions d'une économie de marché en cas de recours à l'échantillonnage).

⁴⁴ V., suite au rapport d'un Panel du GATT de 1947 : le règlement (CE) n° 2331/96 du Conseil, du 2 décembre 1996, modifiant le règlement (CE) n° 384/96 relatif à la défense contre les importations qui font l'objet d'un dumping de la part de pays non membres de la Communauté européenne, *JOCE* L 317, 6 décembre 1996, p. 1, adopté pour adapter la législation communautaire à l'une des constatations du rapport du Groupe spécial *CE – Droits antidumping sur les bandes audio en cassettes originaires du Japon*, ADP/136, 28 avril 1995 ; et, également, suite à des rapports adoptés par l'Organe de règlement des différends (ORD) de l'OMC : le règlement (UE) n° 765/2012 du Parlement européen et du Conseil, du 13 juin 2012, modifiant le règlement (CE) n° 1225/2009 du Conseil relatif à la défense contre les importations qui font l'objet d'un dumping de la part de pays non membres de la Communauté européenne, *JOUE* L 237, 3 septembre 2012, p. 1, pris pour tenir compte de l'adoption par l'ORD des rapports du Groupe spécial et de l'Organe d'appel dans le différend *Communautés européennes – Mesures antidumping définitives visant certains éléments de fixation en fer ou en acier en provenance de Chine*.

⁴⁵ À la suite du premier règlement, dans l'ordre chronologique :

- 2^{ème} règlement de base : règlement (CEE) n° 3017/79 du Conseil, du 20 décembre 1979, relatif à la défense contre les importations qui font l'objet de "dumping" ou de subventions de la part de pays non membres de la Communauté européenne, *JOCE* L 339, 31 décembre 1979, p. 67 ;

- 3^{ème} règlement de base : règlement (CEE) n° 2176/84 du Conseil, du 23 juillet 1984, relatif à la défense contre les importations qui font l'objet d'un dumping ou de subventions de la part de pays non membres de la Communauté économique européenne, *JOCE* L 201, 30 juillet 1984, p. 1 ;

L'actuel acte de base est le règlement (CE) n° 1225/2009. Sauf indication contraire, l'expression *règlement de base* est utilisée dans cette thèse pour le désigner. Ce règlement de base, constituant une codification du précédent et des modifications qui lui avait été apportées, a été révisé à deux reprises en 2012 et vient de connaître, en janvier 2014, des modifications concernant les compétences d'exécution⁴⁶. Il est appelé à une révision prochaine, d'ampleur limitée, de certaines autres dispositions⁴⁷, dans l'attente d'un éventuel futur quatrième Code antidumping qui pourrait être conclu dans le cadre du Cycle de Doha, initié en 2001 mais toujours inachevé. Si la définition du dumping préjudiciable par l'article VI du GATT est, depuis l'origine, restée inchangée, les conditions et règles, tant de fond que de forme, d'établissement d'une situation de dumping préjudiciable, ont été précisées à plusieurs reprises et, parfois, assez profondément remaniées.

5. La législation antidumping de l'Union est soumise au respect du *droit* antidumping de l'OMC. Chacun des successifs règlements antidumping de base a été pris « *en conformité avec les dispositions internationales existantes* »⁴⁸. Ainsi la

- 4^{ème} règlement de base : règlement (CEE) n° 2423/88 du Conseil, du 11 juillet 1988, relatif à la défense contre les importations qui font l'objet d'un dumping ou de subventions de la part de pays non membres de la Communauté économique européenne, *JOCE* L 209, 2 août 1988, p. 1 ;

- 5^{ème} règlement de base (éphémère) : règlement (CE) n° 3283/94, du Conseil, du 22 décembre 1994, relatif à la défense contre les importations qui font l'objet d'un dumping de la part de pays non membres de la Communauté européenne, *JOCE* L 349, 31 décembre 1994, p. 1 ;

- 6^{ème} règlement de base : règlement (CE) n° 384/96 du Conseil, du 22 décembre 1995, relatif à la défense contre les importations qui font l'objet d'un dumping de la part de pays non membres de la Communauté européenne, *JOCE* L 56, 6 mars 1996, p. 1 ;

- 7^{ème} règlement de base : règlement (CE) n° 1225/2009 du Conseil, du 30 novembre 2009, relatif à la défense contre les importations qui font l'objet d'un dumping de la part de pays non membres de la Communauté européenne, *JOUE* L 343, 22 décembre 2009, p. 51.

⁴⁶ Par le règlement (UE) n° 37/2014 du Parlement européen et du Conseil, du 15 janvier 2014, modifiant certains règlements relatifs à la politique commerciale commune en ce qui concerne les procédures d'adoption de certaines mesures, *JOUE* L 18, 21 janvier 2014, p. 1. Les modifications sont entrées en vigueur le 20 février 2014. La Commission se voit confier la compétence d'adopter les mesures définitives, sous le contrôle d'un nouveau comité antidumping et d'un comité d'appel (v. *infra* n° 113 et s.).

⁴⁷ Une *modernisation* des instruments de défense commerciale est en cours : v. Comm. eur., *Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil, modifiant le règlement (CE) n° 1225/2009 du Conseil*, 10 avril 2013, COM(2013) 192 final, et Comm. eur., *Communication au Conseil et au Parlement européen, relative à la modernisation des instruments de défense commerciale – Adapter les instruments de défense commerciale aux besoins actuels de l'économie européenne*, 10 avril 2013, COM(2013) 191 final. V. *infra*, notamment, n° 568.

⁴⁸ V. les préambules respectifs des règlements de base (CEE) n° 3017/79, (CEE) n° 2176/84, (CEE) n° 2423/88, (CE) n° 3283/94 et (CE) n° 384/96, tous précités ; formulation figurant dans tous les règlements de base à l'exception du premier (règlement (CEE) n° 459/68, préc.) contenant une expression équivalent puisqu'indiquant en préambule être pris « *dans le respect des règles posées à*

législation antidumping européenne trouve-t-elle sa source dans l'article VI du GATT⁴⁹ et dans les Codes antidumping. Elle s'en écarte parfois, dans le cadre de la latitude reconnue par l'encadrement multilatéral, pour rendre plus difficile ou moins fréquente la réaction antidumping. Actuellement, le *droit* antidumping de l'OMC est formé de cet article VI, inchangé depuis 1947, et du troisième Code antidumping conclu en 1994, que la législation antidumping de base de l'Union « transpose »⁵⁰. À l'instar de ces prédécesseurs dont il poursuit les ambitions et améliore les résultats, ce Code pallie les lacunes de l'article VI par le développement de la notion de dumping et la fixation des règles procédurales pour la constatation d'importations en dumping préjudiciables et l'adoption de mesures de neutralisation⁵¹. Ce *droit* de l'OMC en matière antidumping, qui sera, sauf exceptions, le seul par la suite envisagé, n'interdit pas le dumping⁵² : il reconnaît seulement que, dans certaines circonstances, il puisse être condamnable et faire l'objet de mesures de neutralisation de ses effets dommageables. Sans contraindre les Membres de l'organisation internationale à édicter une législation antidumping ni à agir contre les importations effectuées en dumping qui causent un dommage important à leur industrie

l'article VI de l'accord général sur les tarifs douaniers et le commerce ainsi que par l'accord relatif à la mise en œuvre de cet article » ; et mis à part le cas de l'actuel règlement de base ((CE) n° 1225/09) qui ne reprend pas cette formule dans son préambule, mais qui constitue une codification du précédent règlement de base ((CE) n° 384/96) qui la contient.

⁴⁹ À l'origine l'article IV du GATT de 1947 et, désormais, les dispositions identiques de l'article VI du GATT de 1994.

⁵⁰ V. le considérant n° 3 de l'actuel règlement de base (CE) n° 1225/09, reprenant les considérants n° 5 respectifs des règlements de base (CE) n° 3283/94 et (CE) n° 384/96, préc.

⁵¹ V., notamment, la constatation du Groupe spécial *États-Unis – Loi antidumping de 1916 – Plainte des Communautés européennes*, WT/DS136/R, rapport du 31 mars 2000 : « l'article VI et l'Accord antidumping font partie du même traité, [...] forment "un ensemble indissociable de droits et de disciplines" » (paragraphe 6.97).

⁵² La présentation des règles de la discipline antidumping antérieures à 1994 ne sera faite qu'occasionnellement, afin de montrer les évolutions qu'a connu l'encadrement antidumping depuis 1948. Sauf exceptions, seul le *droit* antidumping de l'OMC sera ici présenté. Les principales différences avec le *droit* antidumping du GATT sont les suivantes :

- l'article VI du GATT, comme toute la partie II du GATT de 1947, n'était applicable que « dans toute la mesure compatible avec la législation en vigueur » (en vertu du *Protocole d'application provisoire* signé à Genève le 30 octobre 1947), ce qui permettait le maintien des législations en vigueur lors de la signature de l'Accord général, y compris celles contraires, en l'occurrence, à l'article VI ; le GATT de 1994, notamment l'article VI, est obligatoire pour les Membres de l'OMC et leur ordre interne doit lui être conforme, y compris les lois antérieures ;

- les Codes antidumping de 1967 et 1978 étaient des *accords plurilatéraux* (ne liant que les parties au GATT qui les avait acceptées) alors que le Code de 1994 est un *accord multilatéral* (contraignant pour tous les Membres de l'OMC) ;

Ainsi, la discipline antidumping, désormais véritablement *multilatérale* (au sens du terme en droit de l'OMC), est beaucoup plus forte depuis 1994.

domestique, il prescrit les principes, les mesures et les exigences applicables à ceux qui disposent ou se dotent d'une telle législation, et encadre sa mise en œuvre par leurs autorités compétentes. Ainsi la discipline multilatérale relative au dumping limite-t-elle la liberté dont jouissent ces pays de prendre des mesures correctives notamment contre les importations en dumping. En quelques mots, la discipline antidumping multilatérale régit l'action antidumping des Membres de l'OMC et non pas la pratique du dumping par des entreprises. Les droits dont il autorise la perception en sus des taxes douanières applicables constituent une exception aux principes du GATT de « *réduction substantielle des tarifs douaniers et des autres obstacles au commerce et [d]'élimination des discriminations en matière de commerce international* »⁵³.

6. La notion de *dumping* dans l'article VI du GATT de 1947 et désormais en droit de l'OMC, ainsi que dans les réglementations nationales⁵⁴ prises conformément à la discipline internationale, est étroitement conçue à plusieurs titres. Circonscrite au *dumping de prix* – ou *dumping ordinaire* – des seules marchandises, elle ne vise que certaines formes de discrimination de prix dans le commerce international.

Dépourvu d'étymologie latine, contrairement au mot *concurrent* dont dérive le terme *concurrence*⁵⁵, le vocable *dumping* partage avec ce dernier une connotation agressive. Mais la *concurrence* jouit d'une perception *a priori* positive alors que le *dumping* est généralement affublé du qualificatif péjoratif *déloyal*⁵⁶. Issu du verbe anglais *to dump*

⁵³ Préambule de l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce, signé le 30 octobre 1947.

⁵⁴ En droit de l'OMC, le terme « *national* » se rapporte aussi bien à un État Membre qu'à un « *territoire douanier distinct Membre de l'OMC* », tel que l'Union européenne (v. *Notes explicatives de l'Accord de Marrakech instituant l'Organisation Mondiale du Commerce*, JOCE L 336, 23 décembre 1994, p. 9). V., également, l'article 4.3 du Code antidumping de 1994 qui explique que la « *branche de production nationale* » (i.e. l'industrie nationale) est, dans le cas d'une union douanière ayant « *atteint un degré d'intégration tel* » qu'elle présente « *les caractéristiques d'un marché unique, unifié* » (telle que l'Union européenne), constituée des producteurs « *de l'ensemble de la zone d'intégration* ».

⁵⁵ Alors que le terme *dumping* apparaît dans les textes juridiques et les littératures économique et juridique au tournant du XX^{ème} siècle, l'usage du mot *concurrence* dans un sens proche de celui actuel est plus ancien. Depuis le bas-latin, le mot *concurrent*, du latin *concurrans*, a juridiquement le sens de plusieurs personnes prétendant à la même chose en même temps (<http://www.cnrtl.fr/etymologie/> ; v., également, *Le Nouveau Littré*, Paris, 2007). Le mot *concurrence*, du latin médiéval *concurrentia* (signifiant « *somme que l'on ne peut dépasser* » et « *rivalité* » : <http://www.cnrtl.fr/etymologie/>) vise, aujourd'hui, entre autres, la « *rivalité entre marchands ou fabricants ou entrepreneurs* » (*Le Nouveau Littré*, op. cit.).

⁵⁶ La connotation péjorative du mot *dumping* se retrouve dans les différentes significations du mot français *dumper* (également issu de l'anglais *to dump*) : en Guinée : tromper quelqu'un ; et au Québec : mettre aux ordures (*Le Nouveau Littré*, op. cit.).

qui signifie « déverser, déposer »⁵⁷, le mot *dumping* ne vise aujourd'hui, nonobstant la multiplicité des acceptions courantes de ce vocable polyvalent, que « *l'adoption, sur le plan international, de prix considérablement inférieurs à ceux pratiqués sur un marché national du pays d'origine, et parfois même au prix de revient* », alors qu'initialement, à ce « *dumping externe* » correspondait également un « *dumping interne*⁵⁸ [...] *pratiqué sur le marché national [...] généralement le fait de grands magasins dont l'objectif est de favoriser la publicité, la concurrence et l'écoulement, se [concrétisant] par des ventes au rabais, des soldes, des liquidations* »⁵⁹. Ainsi le terme n'est-il juridiquement prédicable que pour désigner une forme particulière de différenciation tarifaire dans le commerce international. Pour établir la différence de prix appréhendée, le terme de comparaison retenu est, en règle générale, le prix pratiqué sur le marché d'origine du produit⁶⁰ et non pas le prix du produit similaire sur le marché du pays d'importation. Vendre à l'exportation à un prix inférieur à celui de l'industrie du pays d'importation ne constitue pas du dumping, même si une telle sous-cotation peut intervenir dans la détermination du préjudice subi par cette industrie. Est par ailleurs exclue de la notion de dumping la différenciation tarifaire

⁵⁷ *Harrap's Shorter, Dictionnaire Anglais-Français/Français-Anglais*, 10^{ème} éd., Larousse, Paris, 2013.

⁵⁸ Nonobstant cette évolution sémantique, certains auteurs qualifient toujours, comme « *dumping interne* », la pratique de « *prix abusivement bas* », qui consiste en la vente ou offre de vente de produits ou services à un prix au-dessous du prix de revient, sanctionnée par l'article L.420-5 du Code de commerce (disposition qui n'emploie pourtant pas ce vocable) (v. André DECOCQ et George DECOCQ, *Droit de la concurrence, droit interne et droit de l'Union européenne*, 5^{ème} éd., Paris, Lextenso éditions, LGDJ, 2012, 650 p. ; spéc. p. 410). Les *prix abusivement bas* ne se confondent pas avec la *revente à perte*, interdite par l'article L.442-2 du Code de commerce, visant la revente à un prix inférieur au prix d'achat (interdiction qui, à tout le moins dans sa forme actuelle, pourrait disparaître dans un proche avenir, à la suite de l'ordonnance de la Cour de justice dans l'affaire *Euronics* (CJUE, 7 mars 2013 (ordonnance), *Euronics Belgium c/ Kamera Express*, aff. C-343/12, non encore publiée au *Rec.* ; v. *Europe* 2013, focus 23, par Laurence IDOT)

⁵⁹ Joël BOUDANT, *L'anti-dumping communautaire*, *op. cit.* ; ici p. 15-16. Les définitions du mot *dumping* dans les dictionnaires *Le Nouveau Littré* (Éditions Garnier, Paris, 2007) et *Le Petit Robert* (Dictionnaires Le Robert, Paris, Nouvelle édition millésime 2011) ne reprennent que ce *dumping externe*. Le premier le définit comme « *la pratique commerciale qui consiste en la réduction importante du prix de vente d'un produit (allant jusqu'à la vente à perte) sur un marché extérieur au marché national* ». Le second comme « *la pratique qui consiste à vendre sur les marchés extérieurs à des prix inférieurs à ceux qui sont pratiqués sur le marché national ou même à des prix inférieurs aux prix de revient* ».

⁶⁰ Le terme de comparaison est la « *valeur normale* » du produit, qui est, en principe, le « *prix comparable pratiqué au cours d'opérations commerciales normales pour un produit similaire, destiné à la consommateur dans le pays exportateur* ». Par exception à cette règle, il peut s'agir, dans certaines situations, du « *prix comparable le plus élevé pour l'exportation d'un produit similaire vers un pays tiers au cours d'opérations commerciales normales* » ou d'une valeur construite, égale au « *coût de production de ce produit dans le pays d'origine, plus un supplément raisonnable pour les frais de vente et le bénéfice* » (article VI du GATT). Prix à l'exportation vers un pays tiers et valeur construite sont, au sens large, *relatifs* au pays d'exportation, et en aucun cas *liés* au pays d'importation *victime* du dumping.

inverse consistant à vendre à l'exportation à un prix supérieur à celui pratiqué sur son marché domestique.

Exclusivement relatif aux échanges internationaux de marchandises, le concept de *dumping* en droit de l'OMC, comme précédemment dans les règles du GATT, ignore le commerce des services. Si, en 1947, une telle limitation du champ de la notion suivait logiquement celle du GATT, l'accord sur le commerce des services conclu en 1994 aurait pu élargir son domaine⁶¹.

Enfin, concentré sur un *dumping de prix* qui implique un double prix, le droit de l'OMC ignore de nombreuses pratiques à propos desquelles la terminologie *dumping* est couramment employée, alors pourtant que l'élément discriminatoire fait défaut. Ainsi néglige-t-il les pratiques appelées *dumping monétaire*, *dumping social*, *dumping environnemental* et *dumping fiscal*. La première « se manifeste lorsqu'une dévaluation monétaire permet à un pays d'exporter à prix réduit »⁶². Dans les trois autres formes⁶³, la concurrence des produits importés à bas prix est considérée déloyale en raison de l'application, dans les pays d'exportation, de normes sociales, environnementales et fiscales moins contraignantes que celles en vigueur sur le marché d'importation. En l'absence de toute définition juridique, ces autres

⁶¹ Selon Pierre DIDIER, l'article IX de l'Accord général sur le commerce des services (annexé à l'Accord sur l'OMC de 1994), reconnaît la nécessité d'instaurer « une discipline des termes des échanges » en matière de services, « mais n'y apporte pas de solution » (*Les principaux accords de l'OMC et leur transposition dans la Communauté européenne, I, Les Instruments de Politique Commerciale, Dumping, Subventions, Sauvegardes - Les marchés publics*, Bruxelles, Bruylant, 1997, 646 p. ; ici p. 160-161). Dans l'Union européenne, certaines pratiques déloyales concernant certains services de transport (services de lignes internationales de transport maritime de marchandises par des armateurs ressortissants de pays tiers à destination, à provenance ou à l'intérieur de la Communauté et services de transport aérien par des transporteurs non communautaires à destination ou en provenance de la Communauté) peuvent être neutralisées par l'institution de droits compensateurs (transport maritime) ou de mesures de réparation (taxes) (transport aérien) : v. le règlement (CEE) n° 4057/86 du Conseil, du 22 décembre 1986, relatif aux pratiques tarifaires déloyales dans les transports maritimes, *JOCE* L 378, 31 décembre 1986, p. 14, et le règlement (CE) n° 868/2004 du Parlement européen et du Conseil, du 21 avril 2004, concernant la protection contre les subventions et les pratiques tarifaires déloyales causant un préjudice aux transporteurs aériens communautaires dans le cadre de la fourniture de services de transport aérien de la part de pays non membres de la Communauté européenne, *JOUE* L 162, 30 avril 2004, p. 1.

⁶² Joël BOUDANT, *L'anti-dumping communautaire*, *op. cit.* ; ici p. 26.

⁶³ À ces trois formes peuvent être ajoutés le *dumping pénal*, visé par le Parlement européen dans une résolution de 2006 (Parl. eur., *Résolution sur les conséquences de l'arrêt de la Cour du 13 septembre 2005 (C-176/03 Commission/Conseil)*, (2006/2007 (INI)), *JOUE* C 300 E, 9 décembre 2006, p. 255), résultant de différences dans la nature et la portée des sanctions pénales (pt 6), et le « dumping financier », envisagé par le Parlement dans une autre résolution de 2006 (Parl. eur., *Résolution sur les relations UE-Chine*, (2005/2161(INI)), *JOUE* C 305 E, 14 décembre 2006, p. 219), provoqué par « une concurrence réglementaire néfaste entre places financières mondiales » (pt 17).

acceptions du mot *dumping* demeurent très vagues et quelque peu fluctuantes selon les intérêts défendus par ceux qui les invoquent⁶⁴.

7. La notion de *dumping* en droit de l'OMC explicitée, les concepts voisins écartés et l'ambition de la discipline multilatérale précisée, la finalité de l'action antidumping de l'Union peut être exposée. L'Union européenne est l'un des principaux acteurs du commerce international. Ses buts comportent, « *dans ses relations avec le reste du monde* », une contribution « *au commerce libre et équitable* »⁶⁵. Ses États membres désirent « *contribuer, grâce à une politique*

⁶⁴ Quant au dumping social, la Commission des relations économiques extérieures du Parlement européen a proposé de le définir comme désignant « *les exportations vers des pays industrialisés de produits manufacturés à des coûts de production reflétant des conditions sociales nettement plus défavorables que celles existant dans les pays importateurs industrialisés* » (Parl. eur., *Rapport de Mme Jacqueline THOME-PATENOTRE, fait au nom de la Commission des relations économiques extérieures sur les mesures anti-dumping et anti-subsidies ainsi que les problèmes annexes du commerce extérieurs*, document de séance A 2-73/86, 3 juillet 1986, p. 21, point III.1). Le Parlement européen lui-même a néanmoins conclu que « *le concept de "dumping social" ne peut être défini de façon précise* » (Parl. eur., *Résolution sur les mesures anti-dumping et anti-subsidies ainsi que les problèmes annexes du commerce extérieur*, 6 octobre 1986, JOCE C 283, 10 novembre 1986, p. 16, paragraphe 18). Dans les années 1990, certaines délocalisations intra-communautaires étaient perçues comme les conséquences d'un « *dumping social déloyal* » (Parl. eur., *Résolution sur les licenciements et le "dumping social" dans les entreprises multinationales*, 22 février 1993, JOCE C 72, 15 mars 1993, p. 117) et, aujourd'hui encore, l'expression n'est pas réservée aux importations à bas prix en provenance de pays tiers à faibles coûts de main d'œuvre : ainsi la directive *travailleurs détachés* (directive n° 96/71/CE) est perçue par certains comme une source de concurrence déloyale. Depuis longtemps, le Parlement européen invite à agir contre le dumping, notamment en promouvant le respect des normes sociales et du travail décent, en particulier celles de l'OIT (v., par exemple, le pt 21 de sa *Résolution du 22 mai 2007 sur l'Europe mondialisée : aspects extérieurs de la compétitivité*, (2006/2292(INI), JOUE C 102 E, 24 avril 2008, p. 128). Des appels similaires, parfois conjoints, sont faits à l'endroit du dumping environnemental, résultant de l'utilisation de normes environnementales moins rigoureuses par certains pays pour attirer les multinationales. En 2010, le Parlement suggérait « *une réforme des règles anti-dumping de l'OMC pour y inclure la question du juste prix environnemental en fonction des normes mondiales de protection du climat* » (Parl. eur., *Résolution du 25 novembre 2010 sur les politiques commerciales internationales dans le cadre des impératifs dictés par les changements climatiques*, (2010/2103(INI), JOUE C 99 E, 3 avril 2012, p. 94, paragraphe 24) et suggérait qu'une « *véritable organisation mondiale de l'environnement* » à créer puisse « *être obligatoirement saisie en matière de dumping environnemental* » (Parl. eur., *Résolution du 25 novembre 2010 sur les droits de l'homme et les normes sociales et environnementales dans les accords commerciaux internationaux*, (2009/2219(INI), JOUE C 99 E, 3 avril 2012, p. 31, paragraphe 11). Dumping social et environnemental sont de plus en plus souvent liés, et le Parlement a appelé « *à envisager des mesures, compatibles avec l'OMC, visant à répondre au dumping social et environnemental* » (Parl. eur., *Résolution du 24 avril 2008 sur la voie d'une réforme de l'Organisation mondiale du commerce*, (2007/2184(INI), JOUE C 259 E, 29 octobre 2009, p. 77, paragraphe 11). Enfin, le dumping fiscal résulte de niveaux d'imposition faibles par comparaison à ceux d'autres pays. En France, l'expression est couramment utilisée à propos des pays dont les taux d'impôt sur les sociétés sont faibles (Irlande notamment).

⁶⁵ Article 3, paragraphe 5, TUE. Plus généralement, en application de l'article 21, paragraphe 2, TUE, elle « *défini et met en œuvre des politiques communes et des actions et œuvre pour assurer un haut degré de coopération dans tous les domaines des relations internationales afin : [...] d) de soutenir le développement durable sur le plan économique, social et environnemental des pays en développement dans le but essentiel d'éradiquer la pauvreté, e) d'encourager l'intégration de tous les pays dans*

commerciale commune, à la suppression progressive des restrictions aux échanges internationaux »⁶⁶. Tournée vers l'extérieur, la politique commerciale commune, pour laquelle l'Union dispose d'une compétence exclusive⁶⁷, œuvre pour une ouverture du marché commun sur le commerce mondial, par « *la suppression progressive des restrictions aux échanges internationaux* » et par « *la réduction des barrières douanières* »⁶⁸. Cette action commerciale extérieure⁶⁹ a pour ambition une certaine liberté de la concurrence à l'échelle mondiale, à tout le moins dans les relations entre l'Union et les États tiers, sans pour autant que soit transposé au commerce extérieur l'objectif intracommunautaire d'une concurrence libre et non faussée⁷⁰.

La défense commerciale constitue le pendant de cette ouverture commerciale extérieure, et la législation antidumping en est l'un des instruments. L'accès aux marchés étrangers et la protection des marchés de l'Union contre les pratiques commerciales déloyales et illicites constituent deux faces complémentaires de la politique commerciale de l'Union. L'action antidumping relève de la protection des marchés de l'Union. Mais elle peut également, occasionnellement et de manière indirecte, favoriser l'accès aux marchés étrangers. L'Union est un utilisateur important, mais modéré⁷¹, des instruments de défense commerciale dont l'antidumping constitue l'arme la plus fréquemment employée. Elle est également une cible de l'action antidumping de pays tiers qui n'hésitent plus à prendre des mesures à l'encontre des exportations des entreprises de l'Union⁷².

l'économie mondiale, y compris par la suppression progressive des obstacles au commerce international ».

⁶⁶ Préambule du TFUE (et, antérieurement, préambule du traité CE).

⁶⁷ Article 3, paragraphe 1, e), TFUE.

⁶⁸ Article 206 TFUE (ancien article 131 CE).

⁶⁹ La PCC est, en effet, l'une des composantes de « *l'action extérieure de l'Union* » : v. *Cinquième partie* du TFUE.

⁷⁰ V., en ce sens, Jacques H. J. BOURGEOIS, « Antitrust and Trade Policy, A Peaceful Coexistence? European Community perspective », préc. ; spéc. p. 60-61.

⁷¹ Le Parlement européen notait, en 2006, que « *la Communauté est généralement considérée comme un utilisateur modéré des instruments de défense commerciale* » (Parl. eur., *Résolution sur le rapport annuel de la Commission au Parlement européen sur les activités antidumping, antisubventions et de sauvegarde des pays tiers à l'encontre de la Communauté (2004)*, (2006/2136(INI)), 25 octobre 2006, considérant G).

⁷² Depuis 2004 (pour l'année 2003), la Commission publie annuellement un rapport dédié aux activités antidumping, antisubventions et de sauvegarde des pays tiers à l'encontre de l'Union. Jusqu'alors, une section du rapport annuel sur les activités antidumping, anti-subvention et de sauvegarde de la Communauté y était consacrée, son importance ayant considérablement crue à partir de 1993. Le premier rapport spécifique indiquait une confirmation de la tendance à la hausse du

8. Le cadre général de l'action antidumping de l'Union étant ainsi posé, il convient de succinctement présenter la politique européenne de concurrence au sein de laquelle prennent place les règles antitrust. Aux termes du *Protocole sur le marché intérieur et la concurrence* annexé aux TUE et TFUE par le traité de Lisbonne, le « marché intérieur [...] comprend un système garantissant que la concurrence n'est pas faussée »⁷³. Depuis l'origine et jusqu'à cet *accord lusitanien*, l'une des dispositions liminaires du traité constitutif indiquait que « l'action de la Communauté comporte [...] l'établissement d'un régime assurant que la concurrence n'est pas faussée dans le marché commun »⁷⁴, devenu marché intérieur. Les règles du TFUE se rapportant au droit de la concurrence sont étroitement liées à l'« objectif déterminé »⁷⁵ d'établissement du marché intérieur, lui-même au service des objectifs plus généraux des traités constitutifs⁷⁶. La mise en place d'un véritable marché unique suppose « la création d'un espace économique commun à plusieurs États, dans lequel les échanges s'effectuent dans les mêmes conditions que dans un marché intérieur » et « implique la disparition de tous les obstacles aux mouvements de marchandises, de personnes, de services et de capitaux »⁷⁷. La libre concurrence, ou concurrence non faussée, peut être considérée comme un « objectif refoulé au service du marché intérieur »⁷⁸. Par l'élimination des comportements privés et de certaines interventions étatiques qui faussent la rivalité concurrentielle dans le marché intérieur⁷⁹, la politique européenne de concurrence est l'auxiliaire indispensable à la pérennité de ce marché unique. Cette politique tutélaire, qui préserve les situations de liberté et d'équité dans la

nombre de procédures de défense commerciale engagées contre des exportateurs communautaires, notamment en matière antidumping (COM(2004) 831 final, 23 décembre 2004, spéc. p. 2).

⁷³ JOUE C 326, 26 octobre 2012, p. 309.

⁷⁴ En l'occurrence le traité CEE (article 3, f) puis le traité CE (article 3, paragraphe 1, g)).

⁷⁵ Fabrice PICOD, « Le statut du droit de la concurrence dans le marché intérieur en vertu des nouveaux traités », in : *De Rome à Lisbonne : les juridictions de l'Union européenne à la croisée des chemins : Mélanges en l'honneur de Paolo Mengozzi*, Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 407-422 ; ici p. 413.

⁷⁶ Énoncés aux paragraphes 1 et 2 de l'article 3 TUE.

⁷⁷ Michel WAELBROECK et Aldo FRIGANI, *Le droit de la CE, Volume 4 - Concurrence, Commentaire J. MEGRET*, 2^{ème} éd., Bruxelles, Éd. de l'université de Bruxelles, 1997, 1098 p. ; ici p. 7, n° 2.

⁷⁸ Fabrice PICOD, « Le statut du droit de la concurrence dans le marché intérieur en vertu des nouveaux traités », préc. ; ici p. 410.

⁷⁹ La plupart des interventions étatiques ne relevant pas de la politique de concurrence, mais d'autres dispositions de droit de l'Union, notamment celles relatives aux libertés de circulations, comme l'affaire *SOA Nazionale Costruttori* vient encore récemment de le montrer (CJUE, 12 décembre 2013, *Ministerio dello Sviluppo economico, e.a. c/ SOA Nazionale Costruttori e.a.*, aff. C-327/12, non encore publié au *Rec.*).

concurrence atteintes par l'établissement progressif du marché intérieur – autrement dit une certaine homogénéité des conditions de concurrence –, comporte trois branches : l'interdiction des pratiques anticoncurrentielles affectant le commerce entre États membres (*i.e.* le droit antitrust⁸⁰), l'encadrement des aides d'État⁸¹ et le contrôle préalable des concentrations de dimension européenne⁸².

9. C'est aux dispositions et aux finalités de la première de ces trois composantes du droit européen de la concurrence que l'action antidumping doit principalement être confrontée, toutes deux visant, notamment pour l'une, exclusivement pour l'autre, des pratiques d'entreprises en matière de prix. En apparence, une grande stabilité des normes antitrust conventionnelles communautaires contraste avec ces évolutions législatives fréquentes en matière antidumping. En effet, les prohibitions fondamentales en matière de concurrence sont demeurées en substance inchangées depuis 1958⁸³. Cette permanence formelle des dispositions de droit primaire masque, cependant, de profondes évolutions tant des règles de droit dérivé de procédure et de fond, que de la pratique administrative et de la jurisprudence concernant leur application. En matière procédurale, par le règlement n° 17/62, le Conseil fixa le cadre institutionnel de mise en œuvre des règles antitrust de droit primaire appliqué pendant 40 ans⁸⁴. En 2003, une réforme institutionnelle d'envergure transforma le système de la réserve d'autorisation mis en place en 1962 en un régime d'exception

⁸⁰ Se rattache à cette première composante du droit de la concurrence de l'Union, le contrôle des interventions étatiques en matière d'entreprises publiques, d'entreprises titulaires de droits spéciaux ou exclusifs et d'entreprises chargées de la gestion de services d'intérêt économique général ou présentant le caractère d'un monopole fiscal (article 106 TFUE).

⁸¹ Si le traité énonce l'incompatibilité de principe des « *aides accordées par les États ou au moyen de ressources d'État sous quelque forme que ce soit qui faussent ou menacent de fausser la concurrence en favorisant certaines entreprises ou certaines productions* » (aujourd'hui article 107, paragraphe 1, TFUE), il l'assortit de dérogations (article 107, paragraphes 2 et 3, TFUE) qui transforment l'interdiction de principe en simple encadrement.

⁸² Par le règlement (CE) n° 139/2004 du Conseil, du 20 janvier 2004, relatif au contrôle des concentrations entre entreprises, *JOUE* L 24, 29 janvier 2004, p. 1, abrogeant et remplaçant le premier règlement adopté en cette matière en 1989 (règlement (CEE) n° 4064/89 du Conseil, du 21 décembre 1989, relatif au contrôle des opérations de concentration entre entreprises, *JOCE* L 257, 21 septembre 1990, p. 13).

⁸³ Les articles 85 et 86 CEE proscrivant, respectivement, les ententes et abus de position dominante, ont été plusieurs fois renumérotés, mais sans connaître d'altération de leur contenu autre que la substitution, par le traité de Lisbonne, de l'expression *marché intérieur* à celle initiale de *marché commun*. Le premier est devenu l'article 81 dans le traité CE, avant de devenir l'actuel l'article 101 TFUE ; et le second porte le numéro 102 dans le TFUE après avoir été l'article 82 CE.

⁸⁴ Règlement n° 17 du Conseil, Premier règlement d'application des articles 85 et 86 du traité, *JOCE* 13, 21 février 1962, p. 204.

légale⁸⁵. Par ailleurs, sur le fondement des règlements d'habilitation pris par le Conseil, déléguant à la Commission une partie du pouvoir législatif d'adoption de règlements d'exemption par catégories⁸⁶, de tels règlements « *de première génération* »⁸⁷, concernant une dizaine de types d'accords⁸⁸, furent adoptés par la Commission jusqu'à l'émergence, à la fin des années 1990, de la « *nouvelle approche économique* »⁸⁹. Initiée un peu avant la réforme des dispositions de mise en œuvre, et poursuivie dans le sillage de cette dernière, « *une évolution plus discrète, mais non moins importante* » est intervenue concernant l'application des normes de fond : « *la prégnance de l'analyse économique – consacrée dans les réformes des règles relatives aux accords horizontaux, verticaux et dans le domaine des concentrations* »⁹⁰. Une vaste réforme des règles substantielles eut lieu, par l'adoption de règlements d'exemption par catégories « *de seconde génération* »⁹¹ et la

⁸⁵ Règlement (CE) n° 1/2003 du Conseil, du 16 décembre 2002, relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité, *JOCE* L 1, 4 janvier 2003, p. 1 ; complété par le règlement (CE) n° 773/2004 de la Commission, du 7 avril 2004, relatif aux procédures mises en œuvre par la Commission en application des articles 81 et 82 du traité CE, *JOUE* L 123 27 avril 2004, p. 18.

⁸⁶ Les trois principaux étant le règlement n° 19/65/CEE du Conseil, du 2 mars 1965, concernant l'application de l'article 85 paragraphe 3 du traité à des catégories d'accords et de pratiques concertées, *JOCE* P 36, 6 mars 1965, p. 533 ; le règlement (CEE) n° 2821/71 du Conseil, du 20 décembre 1971, concernant l'application de l'article 85, paragraphe 3 du traité à des catégories d'accords, de décisions et de pratiques concertées, *JOCE* L 285, 29 décembre 1971, p. 46 ; et le règlement (CEE) n° 1534/91 du Conseil, du 31 mai 1991, concernant l'application de l'article 85, paragraphe 3 du traité à certaines catégories d'accords, de décisions et de pratiques concertées dans le domaine des assurances, *JOCE* L 143, 7 juin 1991, p. 1. Ne sont pas ici indiqués les règlements d'habilitation adoptés concernant le secteur des transports.

⁸⁷ Expression empruntée à Catherine PRIETO et David BOSCO, de même que celle de « *règlements de seconde génération* » utilisée par la suite : *Droit européen de la concurrence, Ententes et abus de position dominante*, *op. cit.* ; spéc. p. 555, n° 677.

⁸⁸ Ces règlements ont concerné les accords de distribution exclusive (1967 et 1983), d'achat exclusif (1967 et 1983), de franchise (1988), de licence de brevets (1984), de licence de savoir-faire (1989) (ces deux derniers ayant été remplacés en 1996 par un règlement concernant les accords de transfert de technologie), de distribution de véhicules automobiles (1985 et 1995), d'assurance (1992), de spécialisation (1985), de recherche et de développement (1985) (ne sont pas ici indiqués les règlements d'exemption adoptés en matière de transports).

⁸⁹ V. Catherine PRIETO et David BOSCO, *Droit européen de la concurrence, Ententes et abus de position dominante*, *op. cit.* ; spéc. p. 555 n° 677.

⁹⁰ Nicolas PETIT, *Droit européen de la concurrence*, *op. cit.* ; ici p. 48.

⁹¹ Catherine PRIETO et David BOSCO, *Droit européen de la concurrence, Ententes et abus de position dominante*, *op. cit.*

Parmi ces règlements figurent, dans l'ordre chronologique de leur adoption, le règlement (CE) n° 2790/1999 de la Commission, du 22 décembre 1999, concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3, du traité à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées, *JOCE* L 336, 29 décembre 1999, p. 21 ; le règlement (CE) n° 2658/2000 de la Commission, du 29 novembre 2000, concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3, du traité à des catégories d'accords de spécialisation, *JOCE* L 304, 5 décembre 2000, p. 3 ; le règlement (CE) n° 2659/2000 de la Commission, du 29 novembre 2000, concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3, du traité, à des catégories d'accords de recherche et de développement, *JOCE* L 304, 5 décembre 2000, p. 7 ; le

publication de nombreuses communications⁹², textes de valeur contraignante inégale⁹³, pour certains ultérieurement actualisés⁹⁴. Si les prohibitions antitrust fondamentales sont intangibles dans leur formulation conventionnelle, leur sens et leur portée ont profondément évoluées sous la double influence, principalement, de la jurisprudence de la Cour de justice – et du Tribunal qui lui fut adjoint⁹⁵ – et de la

règlement (CE) n° 1400/2002 de la Commission, du 31 juillet 2002, concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3, du traité à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées dans le secteur automobile, *JOCE* L 203, 1^{er} août 2002, p. 30 ; et le règlement (CE) n° 772/2004 de la Commission, du 7 avril 2004, concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3, du traité à des catégories d'accords de transfert de technologie, *JOCE* L 123, 27 avril 2004, p. 11.

⁹² Parmi lesquelles peuvent être mentionnées les suivantes : Comm. eur., *Communication de la Commission sur la définition du marché en cause aux fins du droit communautaire de la concurrence*, *JOCE* C 372, 9 décembre 1997, p. 5 ; Comm. eur., *Lignes directrices sur l'applicabilité de l'article 81 du traité CE aux accords de coopération horizontale*, *JOCE* C 3, 6 janvier 2001, p. 3 ; Comm. eur., *Lignes directrices concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3, du traité*, *JOCE* C 101, 27 avril 2004, p. 97 ; Comm. eur., *Communication de la Commission concernant les accords d'importance mineure qui ne restreignent pas sensiblement le jeu de la concurrence au sens de l'article 81, paragraphe 1, du traité instituant la Communauté européenne (de minimis)*, *JOCE* C 368, 22 décembre 2001, p. 13 ; Comm. eur., *Lignes directrices sur les restrictions verticales*, *JOCE* C 291, 13 octobre 2000, p. 1, et Comm. eur., *Orientations sur les priorités retenues par la Commission pour l'application de l'article 82 du traité CE aux pratiques d'éviction abusives des entreprises dominantes*, *JOUE* C 45, 24 février 2009, p. 7.

⁹³ Alors que les règlements ont une portée générale, sont obligatoires dans tous leurs éléments et sont directement applicables (article 288 TFUE), les communications (ou lignes directrices) ne sont pas contraignantes à l'égard des États membres (de leurs autorités comme de leurs juridictions) : elles limitent seulement leur auteur dans l'exercice de son pouvoir d'appréciation ; il « *ne peut s'[en] écarter, dans un cas particulier, sans fournir des raisons compatibles avec le principe d'égalité de traitement* » ; il ne saurait s'en « *départir [...] sous peine de se voir sanctionner, le cas échéant, au titre d'une violation des principes généraux du droit, tels que l'égalité de traitement ou la protection de la confiance légitime* » : v., en ce sens, CJCE, 28 juin 2005, *Dansk Rørindustri e.a. c/ Commission*, aff. jtes C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P à C-208/02 P et C-213/02 P, *Rec. p. I-5425* (pts 209 à 211) et, plus récemment, CJUE, 13 décembre 2012, *Expedia Inc. c/ Autorité de la concurrence e.a.*, aff. C-226/11, non encore publié au *Rec.* (pts 26-29).

⁹⁴ Les nouveaux règlements sont le règlement (UE) n° 330/2010 de la Commission, du 20 avril 2010, concernant l'application de l'article 101, paragraphe 3, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées, *JOUE* L 102, 23 avril 2010, p. 1 ; le règlement (UE) n° 1217/2010 de la Commission, du 14 décembre 2010, relatif à l'application de l'article 101, paragraphe 3, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne à certaines catégories d'accords de recherche et de développement, *JOUE* L 335, 18 décembre 2010, p. 36 ; le règlement (UE) n° 1218/2010 de la Commission, du 14 décembre 2010, relatif à l'application de l'article 101, paragraphe 3, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne à certaines catégories d'accords de spécialisation, *JOUE* L 335, 18 décembre 2010, p. 43 et, en dernier lieu, le règlement (UE) n° 316/2014 de la Commission, du 21 mars 2014, relatif à l'application de l'article 101, paragraphe 3, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne à des catégories d'accords de transfert de technologie, *JOUE* L 93, 28 mars 2014, p. 17. Les nouvelles lignes directrices sont, notamment : Comm. eur., *Lignes directrices sur l'applicabilité de l'article 101 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne aux accords de coopération horizontale*, *JOUE* C 11, 14 janvier 2011, p. 1, et Comm. eur., *Lignes directrices sur les restrictions verticales*, *JOUE* C 130, 19 mai 2010, p. 1.

⁹⁵ Qui ne devint compétent pour les recours directs en matière de défense commerciale (notamment antidumping) qu'en 1994, alors qu'il le fut pour les recours directs en matière antitrust dès sa création en 1989.

pratique décisionnelle de la Commission – dont l’expérience permis l’édiction des règlements d’exemption et la rédaction de communications explicatives. Cette transparence par la diffusion de communications et lignes directrices singularise la politique de concurrence par rapport à l’action antidumping jusqu’à présent quasiment dépourvue de tels guides d’application⁹⁶.

10. L’étude des relations entre l’action antidumping et le droit de la concurrence dans l’Union sera essentiellement envisagée sous l’angle des seules normes antitrust – les autres branches de cette politique n’étant qu’occasionnellement évoquées –, nonobstant la circonstance que l’action contre le dumping n’interagisse pas uniquement avec les règles antitrust mais plus généralement avec la politique de concurrence dans son ensemble. D’ailleurs, les « *points de rencontre* »⁹⁷ problématiques entre politique commerciale et politique de concurrence ne se limitent pas aux interactions entre la matière antidumping et les règles antitrust. Elle concerne aussi les autres instruments de la défense commerciale. De plus, l’interaction entre ces deux politiques économiques est à double sens : en visant des ententes internationales ou des opérations de concentrations intercontinentales, la seconde interfère avec la première. Mais seules les relations entre l’antidumping et la politique de concurrence seront ici scrutées. En effet, cette action se singularise des autres instruments par la fréquence de ses interventions et par son objet : elle neutralise les effets de pratiques tarifaires d’entreprises – alors que la lutte anti-subsidiation vise, indirectement, les soutiens financiers octroyés par des États tiers – considérées déloyales – alors que les mesures de sauvegarde répondent à un problème de commerce international loyal bien que lui aussi dommageable. Cette délimitation du sujet se justifie également par la circonstance que, alors que la législation

⁹⁶ Quatre projets de communications portant l’une sur l’intérêt de l’Union et les 3 autres sur des aspects techniques (marge de préjudice, pays analogue et réexamen à l’expiration) ont néanmoins été présentés par la Commission en avril 2013. Leur valeur juridique serait probablement la même que celle reconnue par la jurisprudence aux communications adoptées en matière de concurrence (v. note de bas de page n° 93 *supra*).

⁹⁷ Expression inspirée de la décision du Conseil de l’OCDE des 10 et 11 mai 1982 (C(82)58(final)), visée par la *Recommandation du Conseil relative à la coopération entre pays Membres dans les domaines de conflit potentiel entre politique de la concurrence et politique commerciale*, OCDE, 23 octobre 1986 (C(86)65(final)).

antidumping demeure fréquemment mise en œuvre, les procédures et mesures anti-subvention et de sauvegarde restent peu nombreuses⁹⁸.

11. L'interaction réciproque entre politiques commerciale et de concurrence n'est pas exclusive. Ni la politique commerciale dans son ensemble, ni l'action antidumping en particulier, ne sont isolées des autres interventions de l'Union. La première est le complément indispensable de l'union douanière, à l'intérieur de laquelle est institué et progressivement amélioré un marché intérieur : politique commerciale, union douanière et marché intérieur ne sont donc pas étanches les uns aux autres. Un constat parallèle peut être fait pour la politique de concurrence qui, par exemple, poursuit des objectifs distincts mais convergents avec ceux des libertés de circulation et des mesures d'harmonisation des législations nationales. Le traité lui-même a anticipé l'inévitabilité de telles interactions multidirectionnelles en confiant à l'Union la mission de veiller, notamment, « à la cohérence entre les différents domaines de son action extérieure et entre ceux-ci et ses autres politiques »⁹⁹. Une coexistence harmonieuse doit ainsi être assurée entre la défense contre le dumping et la politique de concurrence. Mais elle n'est pas plus aisément réalisable que d'autres inévitables cohabitations, et le contentieux européen reflète d'inhérentes tensions, notamment entre politique agricole et régime de concurrence¹⁰⁰. Nonobstant la

⁹⁸ Au cours de la décennie 2000, 160 droits antidumping définitifs ont été institués, alors que seulement 18 droits compensateurs définitifs l'étaient et que seulement 3 règlements instaurant des mesures de sauvegarde définitives étaient adoptés (données tirées des rapports annuels de la Commission au Parlement européens sur les activités antidumping, antisubventions et de sauvegarde pour les années 2000 à 2009 incluses ; concernant les sauvegardes, le chiffre mentionné est celui du nombre de règlements adoptés ; la pratique, exposée *supra* note de bas de page n° 8, en matière de comptage des droits antidumping et des droits compensateurs, n'est pas suivie en matière de sauvegarde, sans doute en raison de leur très faible nombre, qui explique également que les rapports annuels ne leur consacrent que de courts développements). Une comparaison des nombres de procédures ouvertes confirme cette différence : au cours de la même décennie, 221 procédures furent ouvertes en matière antidumping contre 21 en matière anti-subvention et 4 en matière de sauvegarde.

⁹⁹ Article 21, paragraphe 3, alinéa 2, TUE. V., également, l'article 7 TFUE qui dispose que l'Union doit veiller à la « cohérence entre ses différentes politiques ».

¹⁰⁰ V. CJCE, 13 mai 1971, *NV International Fruit Company e.a. c/ Commission*, aff. jtes 41-44/70, *Rec. p. 411* : la Cour souligne que « l'article 3 du traité énumère plusieurs objectifs généraux, vers la réalisation et l'harmonisation desquels la Communauté est tenue d'orienter son action ; que, parmi ces objectifs, l'article 3 prévoit non seulement "l'établissement d'un régime assurant que la concurrence n'est pas faussée dans le marché commun", mais aussi, à la lettre d, "l'instauration d'une politique commune dans le domaine de l'agriculture" ; que le traité accorde à la réalisation de ce dernier objectif une importance particulière » et considère que « le système » contesté (mesure de sauvegarde sous la forme d'une limitation des importations en provenance de pays tiers) « était celui qui était susceptible de fausser le moins la concurrence » (pts 68-70 et pt 74). V., également, CJCE, 29 octobre 1980, *Maizena GmbH c/ Conseil*, aff. 139/79, *Rec. p. 3393* ; la politique commerciale commune figurait aussi parmi les actions visées par l'ancien article 3 TCE (aujourd'hui article 3

reconnaissance de la libre concurrence comme principe général de droit communautaire dont la Cour assure le respect¹⁰¹ et de l'affirmation que « *la validité des actes des institutions communautaires peut être affectée par leur incompatibilité avec les principes que le droit communautaire consacre en matière de concurrence [...] notamment [...] l'exigence de la loyauté des transactions* »¹⁰², aucun acte d'une institution n'a jusqu'à présent été invalidé au motif que les restrictions de concurrence qui en résulteraient iraient au-delà de ce qui est nécessaire à la poursuite d'un autre objectif de l'Union. Mais la Cour a sanctionné le manquement des institutions à leur obligation d'examiner si le préjudice qui, selon elles, résultaient des importations en dumping, ne découlait pas en tout ou partie du comportement éventuellement anticoncurrentiel de l'industrie européenne¹⁰³. Et le Tribunal a annulé une décision de la Commission rejetant la plainte dirigée contre une entente au motif qu'un compromis commercial entre la Communauté et le Japon mettrait fin à cet accord anticoncurrentiel¹⁰⁴. Ces contentieux témoignent de l'existence d'interférences entre une action institutionnelle et d'autres politiques européennes que celle qu'elle met en œuvre. Et si l'occasion ne semble pas s'être à ce jour présentée pour la Cour de l'affirmer, il ne serait pas incongru qu'elle estime un jour que les effets restrictifs que les mesures antidumping peuvent avoir sur la libre concurrence ne doivent pas

TFUE) ; il est vrai que, comme le remarque la Cour de justice (pt 23), s'agissant de l'établissement d'un régime de concurrence non faussée et de l'instauration d'une politique agricole commune, « *les auteurs du traité, conscients de ce que la poursuite simultanée de ces deux objectifs pouvait se révéler, à certains moments et dans certaines circonstances, difficile, ont prévu* » un régime spécial d'application des règles de concurrence à la production et au commerce des produits agricoles (ancien article 42, alinéa 1, TCEE, aujourd'hui article 42 TFUE), reconnaissant ainsi « *la primauté de la politique agricole par rapport aux objectifs du traité dans le domaine de la concurrence* ». Une telle primauté n'existe pas dans le cas de la politique commerciale commune.

¹⁰¹ CJCE, 7 février 1985, *ADBHU (huiles usagées)*, aff. 240/83, *Rec.* p. 531 (pt 15) : question préjudicielle portant sur l'appréciation de la validité d'une « *directive se situant dans le cadre de la protection de l'environnement, qui est un des objectifs essentiels de la Communauté* » (pt 13) ; la Cour indique que les effets restrictifs sur la libre concurrence « *ne doivent toutefois pas être discriminatoires ni dépasser les restrictions inévitables justifiées par la poursuite de l'objectif d'intérêt général qu'est la protection de l'environnement* » (pt 15).

¹⁰² CJCE, 21 mai 1987, *Albako Margarine fabriek (Beurre de Berlin)*, aff. 249/85, *Rec.* p. I-2345 (pt 16).

Frauke HENNING-BODEWIG explique que l'expression *loyauté des transactions* ne présente pas de différence conceptuelle substantielle avec celle de *loyauté dans la concurrence* (*Unfair Competition Law, European Union and Member States*, La Haye, Kluwer Law International, 2006, 251 p. ; spéc. p. XV).

¹⁰³ CJCE, 11 juin 1992, *Extramet Industrie c/ Conseil*, aff. C-358/89, *Rec.* p. I-3813 (v. pts 15-19).

¹⁰⁴ TPICE, 18 mai 1994, *Bureau européen des unions de consommateurs (BEUC) c/ Commission*, aff. T-97/92, *Rec.* p. II-285 (pts 43-63). Le Tribunal a estimé que la cessation de l'accord n'était pas établie et a sanctionné une erreur manifeste d'appréciation.

dépasser les restrictions inévitables justifiées par la poursuite de l'intérêt général qu'est la loyauté de la concurrence¹⁰⁵. Dans une telle hypothèse cependant, l'annulation d'une mesure antidumping n'interviendrait probablement que pour erreur manifeste d'appréciation dans l'application de la condition d'intérêt européen¹⁰⁶.

12. L'amplification du recours à l'arme antidumping à partir de la fin des années 1970, par la Communauté comme par trois autres grands pays industriels – l'Australie, le Canada et les États-Unis¹⁰⁷ – suscita l'émergence de la problématique des interactions entre antidumping et concurrence non seulement en doctrine et au sein de l'OCDE, mais aussi dans le cadre des négociations de l'Uruguay Round. Entre 1990 et 1993, en raison de mises en œuvre acharnées des législations antidumping caractérisant la seconde moitié des années 1980¹⁰⁸ – sans doute parfois orientées afin de favoriser des constatations de pratiques de dumping préjudiciable¹⁰⁹ –, la question du dumping, initialement peu discutée¹¹⁰, devint l'un des plus brûlants thèmes des négociations du cycle. Les principales cibles des mesures antidumping instituées par les quatre principaux utilisateurs stigmatisaient tant leur emploi à des fins

¹⁰⁵ Parallèlement à la solution retenue dans l'affaire des huiles usagées (préc.) à propos des restrictions découlant d'une directive pour la protection de l'environnement.

¹⁰⁶ Aux termes de l'article 21 du règlement antidumping de base, relatif à « *l'intérêt de la Communauté* », « [d]es mesures déterminées sur la base du dumping et du préjudice établis peuvent ne pas être appliquées, lorsque les autorités, compte tenu de toutes les informations fournies, peuvent clairement conclure qu'il n'est pas dans l'intérêt de la Communauté d'appliquer de telles mesures », après un examen au cours duquel « *une attention particulière est accordée à la nécessité d'éliminer les effets de distorsions des échanges d'un dumping préjudiciable et de restaurer une concurrence effective* ».

¹⁰⁷ V., notamment, OCDE, *Competition and Trade Policies, Their Interaction*, préc. ; spéc. p. 95-96.

¹⁰⁸ Selon Ivo VAN BAEL, « The 1994 Anti-Dumping Code and the New EC Anti-Dumping Regulation », in : Jacques H. J. BOURGEOIS, Frédérique BERROD et Eric GIPPINI FOURNIER (éds.), *The Uruguay Round Results, A European Lawyers' Perspective* (College of Europe, Bruges), Bruxelles, European Interuniversity Press, 1995, 541 p., p. 233-246 ; spéc. p. 233.

¹⁰⁹ V., en particulier, l'ouvrage de Rainer M. BIERWAGEN, *GATT Article VI and the Protectionist Bias in Anti-Dumping Laws*, Deventer-Boston, Kluwer Law and Taxation Publishers, Studies in transnational economic laws (coll.), vol. 7, 1990, 402 p.

¹¹⁰ En effet, la discipline antidumping n'avait pas été au nombre des sujets perçus comme majeurs par les États lors du lancement du Cycle de l'Uruguay. Il n'en fut guère question au cours des phases préparatoires au lancement du cycle (1982-1986) comme lors des premières négociations (1987-1990). La déclaration ministérielle de Punta del Este du 20 septembre 1986, qui lança formellement le Cycle de l'Uruguay, ne mentionnait pas l'antidumping comme sujet de négociations. Ce n'est que dans les années 1990-1993, avec la création au sein du Groupe de négociation sur les accords et arrangements MTN (sigle pour l'anglais *Multilateral Trade Negotiations*, désignant les accords et arrangements issus du Cycle de Tokyo) d'un groupe informel sur l'antidumping, qu'il devint une véritable préoccupation et un enjeu de la négociation (v. Marc KOULEN, « The New Anti-Dumping Code through its Negotiating History », in : Jacques H. J. BOURGEOIS, Frédérique BERROD et Eric GIPPINI FOURNIER (éds.), *The Uruguay Round Results, A European Lawyers' Perspective* (College of Europe, Bruges), Bruxelles, European Interuniversity Press, 1995, 541 p., p. 151-232 ; spéc. p. 152-155.

protectionnistes que leurs « *forts effets anticoncurrentiels, favorisant notamment des ententes de prix ou de quantités dans les pays importateurs [...], voire sur les marchés mondiaux concernés* »¹¹¹. À l’opposé, les adeptes de ce commode instrument de satisfaction des industries domestiques cherchaient à conserver la marge discrétionnaire la plus large possible, tout en obtenant une validation de certaines de leur interprétations unilatérales et un renforcement de l’efficacité de l’instrument à l’égard de nouvelles pratiques telles que le contournement¹¹². Si le troisième Code fut présenté comme une étape importante vers une application plus transparente et moins protectionniste des législations antidumping à travers le monde¹¹³, deux dispositions essentielles à l’apaisement des relations entre antidumping et concurrence – la règle dite du droit moindre et la clause d’intérêt public – sont demeurées facultatives dans la discipline de l’OMC. Présentes dans la législation communautaire depuis l’origine, il est peu probable qu’elles deviennent impératives dans un futur quatrième Code qui, toujours en discussion dans le cadre de l’interminable Cycle de Doha, n’apportera probablement que des modifications mineures à l’encadrement multilatéral. Quant à la réflexion menée sur l’interaction du commerce et de la politique de concurrence dans le cadre de l’OMC entre 1996 et 2003¹¹⁴, si elle n’ignora pas l’aspect antidumping de la problématique, notamment lors de réunions tenues en 1998 et

¹¹¹ Pierre JACQUET, Patrick MESSERLIN et Laurence TUBIANA, *Le cycle du millénaire, rapport, Conseil d’analyse économique*, Paris, La documentation française, 1999, 145 p. ; spéc. p. 49.

¹¹² V., Ivo VAN BAEL, « The 1994 Anti-Dumping Code and the New EC Anti-Dumping Regulation », préc. ; spéc. p. 234.

¹¹³ *Ibid.* ; spéc. p. 245.

¹¹⁴ En 1996, la Conférence ministérielle de Singapour avait décidé « *d’établir un groupe de travail chargé d’étudier les questions soulevées par les Membres au sujet de l’interaction du commerce et de la politique en matière de concurrence* » (OMC, Conférence ministérielle (Singapour), *Déclaration ministérielle de Singapour*, adoptée le 13 décembre 1996, WT/MIN(96)DEC, 18 décembre 1996, paragraphe 20). Lors du lancement du Cycle de Doha en 2001, il avait été convenu que des négociations auraient lieu, après la Conférence ministérielle de 2003 (sur la base de décisions qui devraient être prises par consensus explicite sur leurs modalités), sur les *sujets de Singapour* – investissement, transparence des marchés publics, concurrence, facilitation des échanges – (OMC, Conférence ministérielle (Doha), *Déclaration ministérielle*, adoptée le 14 novembre 2001, WT/MIN(01)/DEC/1, 20 novembre 2001 (dite *Déclaration de Doha*), paragraphes 20-27), considérés comme des nouveaux instruments de régulation de l’échange international nécessaires pour réaliser l’« *accès effectif des entreprises aux marchés des pays tiers après la baisse sensible des tarifs douaniers et l’élimination progressive de certains obstacles non tarifaires* » (Jacques BOURRINET, « La politique commerciale commune de l’Union européenne et la mondialisation, La recherche d’une libéralisation maîtrisée des échanges internationaux », *RMCUE*, 2005, n° 484, p. 19 ; ici p. 22). Mais en 2004, la décision du Conseil général d’exclure du Programme de travail du Cycle de Doha trois des quatre *questions de Singapour* (dont celle concernant la concurrence) (OMC, Conseil général, *Programme de travail de Doha, Décision adoptée par le Conseil général le 1^{er} août 2004*, WT/L/259, 2 août 2004, paragraphe 1, sous g)) mis fin à un groupe de travail qui, en tout état de cause, devait seulement procéder à des travaux analytiques et exploratoires, sans négocier ni nouvelles règles ni nouveaux engagements.

1999, sur celui-ci comme sur les autres elle cessa sans résultat concret et les documents rapportant les discussions et résumant les contributions témoignent des profondes divergences persistantes entre les Membres sur la question de l'antidumping¹¹⁵.

13. Depuis une quarantaine d'années, les relations entre antidumping et concurrence ont fait l'objet de nombreuses analyses dans la doctrine tant économique que juridique, principalement américaine et européenne, aussi bien antérieure que postérieure à la conclusion de l'actuel Code¹¹⁶, au sein de laquelle il nous semble possible de distinguer trois courants principaux. S'il est parfois malaisé de rattacher clairement un auteur à l'un d'eux, cette distinction et ces rattachements permettent de présenter succinctement les grandes tendances de la doctrine sur ce sujet.

(1) Le premier courant est constitué des partisans de l'antidumping¹¹⁷. À leurs yeux, est légitime l'instrument de défense contre une pratique de commerce international déloyale, considérée comme telle en raison de la présence, sur le marché d'exportation, de restrictions de concurrence qui la rendent possible et qui, bien que probablement illicites au regard du droit antitrust du pays importateur lorsqu'elles ont une origine privée, échappent à toute sanction pour diverses raisons juridiques et/ou politiques. Des politiques publiques du pays exportateur engendreraient également de telles restrictions et, plus généralement, un certain cloisonnement de son marché intérieur favoriserait la pratique du dumping. La protection dont les producteurs-exportateurs étrangers jouiraient sur leur marché domestique leur permettrait de tirer des bénéfices et de subventionner leurs ventes à l'exportation à prix de dumping. Ainsi l'action antidumping neutraliserait-elle les effets dommageables que, *via* les

¹¹⁵ V., en particulier, les rapports annuels 1998 et 1999, respectivement document WT/WGTCP/2 (OMC, 8 décembre 1998, 67 p. ; spéc. p. 51-60) et document WT/WGTCP/3 (OMC, 11 octobre 1999, 41 p. ; spéc. p. 34-38).

¹¹⁶ Dans des articles entièrement dédiés à cette problématique ou envisageant plus largement les interférences entre les lois de défense commerciale en général et la politique de concurrence.

¹¹⁷ Parmi les articles des partisans, v. notamment, à propos de la législation américaine : Barbara EPSTEIN, « The Illusionary Conflict between Antidumping and Antitrust », *Antitrust Bull.*, 1974, vol. 18, p. 1-22 ; Alfred E. ECKES, « The Interface of Antitrust and Trade Laws – Conflict or Harmony? An ITC Commissioner's Perspective », *Antitrust L. J.*, vol. 56, n° 2, 1987, p. 417-424 ; John D. ONG, « The Interface of Trade/Competition Law and Policy: a Businessman's Perspective », *Antitrust L. J.*, vol. 56, n° 2, 1987, p. 425 ; Terence P. STEWART et Timothy C. BRIGHTBILL, « Some 'Heretical' Observations on the Interaction of U.S. Trade and Competition Laws : a Defense of U.S. Antidumping and Countervailing Duties », *U.S.-Mex. L. J.*, vol. 4, 1996, p. 35 ; et à propos de la défense commerciale européenne : Vincent BOUHIER, *La défense commerciale de la Communauté européenne, Du bien-fondé d'un instrument identitaire*, thèse (dactyl.), Nantes, 2005, 708 p.

importations en dumping, ces restrictions produisent sur le marché d'importation. Des justifications politiques sont également avancées : les instruments de défense commerciale, dont l'antidumping, permettraient aux gouvernants de faire accepter des avancées dans la libéralisation mondiale des échanges. Dans le cas de l'Union, la défense commerciale agirait « *en faveur de la préservation d'un espace privilégié et cohérent, où les règles d'organisation économique interne ne peuvent être remises en cause par les seules importations* »¹¹⁸.

(2) Les opposants à l'antidumping, la plupart économistes, forment un deuxième courant aux antipodes du premier¹¹⁹. Selon eux, la défense antidumping n'aurait pas grand-chose à voir avec la loyauté des échanges et serait avant tout protectionniste. Elle serait anticoncurrentielle en raison de sa finalité première (la protection des concurrents et non la promotion de la concurrence) et de ses effets inhérents (puisque les importations constituent une source de concurrence sur le marché concerné, d'une importance certes variable selon les cas, les mesures antidumping affectent nécessairement l'intensité concurrentielle sur ce marché par leurs incidences directes sur leurs prix et indirectes sur les volumes). Par ailleurs, les procédures antidumping constitueraient un contexte favorable aux ententes anticoncurrentielles au sein de l'industrie du pays importateurs. À ces griefs d'incompatibilité concurrentielle adressés à l'action antidumping s'ajoute aussi le reproche de viser parfois une pratique en réalité favorable à la concurrence, notamment lorsqu'elle remet en cause une situation de monopole ou conteste un cartel sur le marché d'importation. À l'aide de classifications des différentes formes économiques de dumping¹²⁰, certains auteurs estiment que la plupart sont économiquement rationnelles et non contestables à l'aune

¹¹⁸ Vincent BOUHIER, *La défense commerciale de la Communauté européenne, Du bien-fondé d'un instrument identitaire*, op. cit. ; spéc. p. 100.

¹¹⁹ S'inscrivent dans le courant des opposants les articles suivants (ainsi que, dans une moindre mesure, ceux visés dans les notes n° 120 à n° 123) : Robert P. ROGERS, « The Illusionary Conflict between Antidumping and Antitrust: A Comment », *Antitrust Bull.*, vol. 19, 1974, p. 369-375 ; spéc. p. 374 ; Philippe BARBET, « Du dumping comme pratique loyale et de l'anti-dumping comme barrière aux échanges », *Problèmes économiques*, n° 2.456, 1996, p. 14-22 et *Revue française d'économie*, vol. X, 2, printemps 1995, p. 3-33 ; Patrick A. MESSERLIN, « The E.C. Antidumping Regulations: A First Economic Appraisal, 1980-1985 », *Weltwirtschaftliches Archiv*, vol. 125, n° 3, 1989, p. 563-587 ; Patrick A. MESSERLIN, « Anti-Dumping Regulations or Pro-Cartel Law? The EC Chemical Cases », *The World Economy*, vol. 13, n° 4, 1990, p. 465-492 ; Patrick A. MESSERLIN, « The Question of Contingent Protection », *The World Economy*, vol. 22, n° 9, 1999, p. 1251-1270 ; Wentong ZHENG, « Reforming Trade Remedies », *Mich. J. Int'l L.*, vol. 34, 2012, p. 151-207.

¹²⁰ En particulier celle établie par Robert D. WILLIG dans « Anti-dumping Policy : Protecting of Suppliers and Protecting of Competition », *mimeo*, Princeton University, 1992, 46 p. ; v. également du même économiste: « Economic Effects of Antidumping Policy », in : Robert Z. LAWRENCE (éd.), *Brookings Trade Forum 1998*, Washington, Brookings Institution Press, 1998, 434 p., p. 57-79.

des prohibitions antitrust et soutiennent que la proportion des cas de dumping effectivement anticoncurrentiels serait très faible. L'inhérente tension entre l'antidumping et les objectifs de toute action antitrust serait inévitable, incontournable, et un constat d'incompatibilité s'imposerait. Atteinte d'un vice congénital, l'action antidumping serait atteinte d'un handicap incurable et son abandon devrait être promu, l'application des seules normes antitrust, le cas échéant quelque peu adaptées, lui étant substitué¹²¹ (une telle substitution est particulièrement mise en avant à propos des zones de libre-échange¹²²). Une issue moins radicale est parfois proposée, consistant en une refonte complète de l'antidumping¹²³, et des solutions provisoires quelque fois envisagées¹²⁴.

3) Un troisième courant est formé d'auteurs qui nous semblent occuper une position intermédiaire entre les partisans et les opposants de l'antidumping¹²⁵. De la prémisse

¹²¹ V. Janusz A. ORDOVER, Alan O. SYKES & Robert D. WILLIG, « Unfair International Trade Practices », *N.Y.U. J. Int'l L. & Pol.*, vol. 15, 1983, p. 323 ; v., également, Ralf BOSCHECK, « The Governance of Global Market Relations : The Case of Substituting Antitrust for Antidumping », *World Comp.*, vol. 24, n° 1, 2001, p. 41-64.

¹²² V., en ce sens, Gunnar NIELS et Adriaan TEN KATE, « Trusting Antitrust to Dump Antidumping, Abolishing Antidumping in Free Trade Agreements Without Replacing it with Competition Law », *JWT*, vol. 31, n° 6, 1997, p. 29-43. Et Gabrielle MARCEAU (*Anti-Dumping and Anti-Trust Issues in Free Trade Areas*, Oxford, Clarendon, 1994, 343 p.), qui ne doit pas être classée dans le groupe des détracteurs de l'antidumping bien qu'elle en questionne la légitimité, en particulier dans les zones de libre-échange, a proposé des pistes pour son abandon dans le cas de l'ALENA (accord de libre-échange nord-américain).

¹²³ Raj BHALA, « Rethinking Antidumping Law », *Geo. Wash. J. Int'l L. & Econ.*, vol. 29, 1995, p. 1-144 ; Reid M. BOLTON, « Anti-Dumping and Distrust: Reducing Anti-Dumping Duties under the W.T.O. Through Heightened Scrutiny », *Berkeley J. Int'l L.*, vol. 29, 2011, p. 66-146.

¹²⁴ Patrick A. MESSERLIN, « Should Antidumping Rules be Replaced by National or International Competition Rules », *World Comp.*, vol. 18, n° 3, 1995, p. 37-54.

¹²⁵ Se rattachent à ce courant intermédiaire les articles suivants :

1) À propos de la situation aux États-Unis : A. Paul VICTOR, « Antidumping and Antitrust : Can the Inconsistencies be Resolved », *N.Y.U. J. Int'l L. & Pol.*, vol. 15, n° 2, 1983, p. 339-350 ; Harvey M. APPLEBAUM, « The Antidumping Laws – Impact on the Competitive Process », *Antitrust L. J.*, vol. 43, 1974, p. 590-607 ; Harvey M. APPLEBAUM, « The Interface of Trade/Competition Law and Policy: An Antitrust Perspective », *Antitrust L. J.*, vol. 56, n° 2, 1987, p. 409-416 ; Harvey M. APPLEBAUM, « The Interface of the Trade Laws and the Antitrust Laws », *Geo. Mason L. Rev.*, vol. 56, 1998, p. 479-492 ; Kenneth G. ELZINGA, « Antitrust Policy and Trade Policy : An Economist's Perspective », *Antitrust L. J.*, vol. 56, n° 2, 1987, p. 439-444 ; Harvey M. APPLEBAUM and David R. GRACE, « U.S. Antitrust Law and Antidumping Actions under Title VII of the Trade Agreements Act of 1979 », *Antitrust L. J.*, vol. 56, n° 2, 1987, p. 497-518 ; Richard D. BOLTUCK et Steth KAPLAN, « Conflicting Entitlements : Can Antidumping and Antitrust Regulation be Reconciled », *U. Cin. L. Rev.*, vol. 61, 1993, p. 903-917 ; Peter D. EHRENHAFT, « Is Interface of Antidumping and Antitrust Laws Possible? », *Geo. Wash. Int'l L. Rev.*, 2002, p. 363-400.

2) À propos de la situation dans la Communauté, désormais l'Union : Paul VANDOREN, « The interface between anti-dumping and competition law and policy in the European Community », *LIEI*, 1986/2, p. 1-16, et « Recent Developments in the Area of the Interface Between Anti-dumping and Competition in the EEC », *LIEI*, 1993/1, p. 21-60 ; John TEMPLE LANG, « Reconciling European Community Antitrust and Antidumping, Transport and Trade Safeguard Policies – Practical Problems », in : Barry HAWK (éd.), *Annu. proc. Fordham Corp. Law Inst.* (1988), (éd. 1989),

que les deux législations poursuivent des objectifs différents et appréhendent différemment les pratiques en matière de prix, reconnaissant les incidences anticoncurrentielles de l'antidumping, souhaitant parfois un renoncement tout en le reconnaissant improbable, ces auteurs s'attachent à préciser et contextualiser les différences entre les deux législations, à explorer les moyens de temporiser l'éventuel conflit, au lieu de stigmatiser les réelles divergences d'approche des prix bas et discriminatoires et de clamer leur incompatibilité. Ne sont pas ignorées les opportunités d'infractions antitrust collatérales à l'application de la législation, notamment à l'occasion des plaintes et comme alternatives aux mesures antidumping. Certains s'intéressent aux moyens d'appliquer la législation antidumping avec une sensibilité pour l'équilibre délicat à réaliser entre les finalités partiellement contradictoires de protection de l'industrie et de promotion de la concurrence, soulignent les situations de prise en compte des préoccupations de concurrence dans les procédures antidumping, ou suggèrent des voies à emprunter pour rapprocher les deux législations. Sont rattachables à ce courant doctrinal les études institutionnelles telles que les travaux du Comité d'experts sur les pratiques commerciales restrictives de l'OCDE¹²⁶.

chapitre 7 ; Dirk SHROEDER, « Anti-trust Law Implications of EEC Anti-dumping Proceedings », *Rabels Zeitschrift*, 1991, vol. 55, heft 3, p. 540-550 ; Haniff AHAMAT, « Addressing Competition Concerns in the Use of EC Anti-Dumping Regime », *MJIEL*, vol. 5, n° 3, 2008, p. 39-71.

3) Quant aux analyses qui ne concernent pas spécifiquement le cas d'un seul pays : Klaus STEGEMANN, « Anti-Dumping Policy and the Consumer », *JWT*, vol. 19, 1985, p. 466-484 ; Edwin A. VERMULST, « The Anti-Dumping Systems of Australia, Canada, the EEC and the United States of America: Have Anti-Dumping Laws Become a Problem in International Trade », *Mich. J. Int'l L.*, vol. 10, 1989, p. 765-806 ; Clarisse MORGAN, « Competition Policy and Anti-Dumping, Is it Time for a Reality Check ? », *JWT*, vol. 30, n° 5, 1996, p. 61-88 ; Jorge MIRANDA, « Should Antidumping Laws be Dumped? », *L. & Pol'y Int'l Bus.*, vol. 28, n° 1, 1996, p. 255-288 ; P.K.M. THARAKAN, « Is Anti-Dumping Here to Stay », *The World Economy*, vol. 22, n° 2, 1999, p. 179-206 ; Ernst-Ulrich PETERSMANN, « International Competition Rules for Governments and for Private Business, The Case for Linking Future WTO Negotiations on Investment, Competition and Environmental Rules to Reforms of Anti-Dumping Laws », *JWT*, vol. 30, n° 3, 1996, p. 5-35 ; Bernard M. HOEKMAN et Petros C. MAVROIDIS, « Dumping, Antidumping and Antitrust », *JWT*, vol. 30, n° 1, 1996, p. 27-53 (et, pour une application des solutions proposées dans cet article : P.K.M. THARAKAN, Edwin VERMULST and Joe THARAKAN, « Interface Between Anti-dumping Policy and Competition Policy : A Case Study », *The World Economy*, vol. 21, n° 8, 1998, p. 1035-1060) ; Thomas GARCIA et Julien PELLEFIGUE, « Antidumping et politique de concurrence », *Concurrences*, n° 4-2013, p. 41-46.

¹²⁶ OCDE, *Competition and Trade Policies, Their Interaction*, 1984, 132 p. Cherchant à identifier un objectif commun aux deux législations, il remarquait (en 1984) que tant la politique de concurrence que les législations relatives aux pratiques commerciales déloyales cherchent à éliminer les distorsions artificielles présentes sur le marché (spéc. p. 15).

14. Une approche nuancée, soucieuse d'une coexistence harmonieuse entre les actions antidumping et antitrust, consciente de leurs différences et lucide sur leurs interactions – notamment des incidences de la première sur la concurrence –, tenant compte de la complexité des situations et attachée à la recherche de solutions pragmatiques, nous semble préférable à toute démarche exagérément justificative de l'action antidumping ou, au contraire, excessivement critique à l'endroit tant du principe même de la condamnation du dumping que des possibles incidences nocives sur la concurrence de l'action contre cette pratique. Elle correspond assez bien à la démarche européenne qui renonce à l'antidumping lorsqu'il devient inutile, mais conserve la possibilité d'une telle défense commerciale lorsqu'elle demeure nécessaire, tout en essayant de tenir compte des préoccupations de concurrence qu'elle fait naître. L'expérience européenne en matière d'abandon de l'instrument antidumping enseigne que l'adoption de règles de concurrence applicables aux pratiques affectant le commerce entre les États concernés est insuffisante. Des règles de libre circulation des marchandises, des personnes, des services et des capitaux sont requises afin de créer un marché commun à ces États suffisamment intégré et discipliné pour rendre économiquement et politiquement acceptable un renoncement à l'instrument antidumping. En outre, la timidité des progrès dans la discipline antidumping que constituerait l'adoption d'un quatrième Code, si les négociations du Cycle de Doha aboutissaient à ce sujet, et l'absence de perspective de conclusion d'un accord sur la concurrence dans le cadre de l'OMC, n'augure pas d'avancées notables sur le plan international en matière d'actions antidumping. Dans ce contexte, un renoncement européen total à cette *arme* commerciale est hautement improbable – à court et moyen terme tout au moins –, et l'ambition actuelle doit être de concilier davantage l'antidumping avec la concurrence, notamment par une attention accrue aux répercussions concurrentielles des procédures antidumping. La promotion d'une coexistence toujours plus paisible constitue le seul objectif que toute réforme de la défense commerciale européenne devrait contribuer à atteindre, de la propre initiative de l'Union ou par la transposition d'éventuelles nouvelles règles multilatérales contraignantes. Une telle évolution pro-concurrentielle de l'encadrement de l'OMC serait d'ailleurs souhaitable car, si en matière antidumping la situation de la concurrence dans l'Union est principalement affectée par les mesures de défense européenne sur lesquelles une réforme européenne peut agir, seules les règles de

l'OMC peuvent encadrer les mesures antidumping désormais fréquemment prises par les pays tiers contre les importations de l'Union¹²⁷, qui impactent l'industrie de l'Union et, indirectement, affectent la concurrence sur le marché intérieur.

15. Agir sur les interactions entre l'antidumping et la concurrence requiert une connaissance et une compréhension des différences entre la réglementation du premier et les règles protégeant la seconde, notamment contre les pratiques anticoncurrentielles. Dans l'Union, la première et les secondes diffèrent à de nombreux égards. Si la première – en tant que composante de la politique commerciale commune – et les secondes – en tant que « *règles de concurrence nécessaires au fonctionnement du marché intérieur* » – ont en commun de relever de domaines de compétence exclusive de l'Union¹²⁸ et de viser des comportements d'entreprises, de telles similitudes sont rares. Leur différence la plus visible concerne la limitation du domaine de l'action antidumping au commerce des seules marchandises, à l'exclusion des services, qui contraste avec le champ étendu du droit antitrust, couvrant toutes les formes d'activités économiques. Actions antidumping et antitrust diffèrent encore quant aux définitions des pratiques tarifaires appréhendées. Une divergence plus générale concerne leur angle d'approche respectif : l'essence protectionniste de la défense antidumping contraste avec l'inspiration libérale des règles de concurrence, dont celles antitrust. Par ailleurs, contrairement aux pratiques anticoncurrentielles qui sont interdites sans qu'une décision d'une institution européenne ou d'une autorité nationale soit nécessaire à cet effet, peuvent faire l'objet d'une amende administrative prononcée par une autorité de concurrence et/ou d'une décision ordonnant leur cessation, constituent une faute civile susceptible de conduire un juge à engager la responsabilité civile de leur(s) auteur(s) à l'égard des victimes¹²⁹, les importations en dumping doivent être constatées par un acte que seules des institutions européennes peuvent prendre, n'entraînent aucune sanction administrative ou civile pour les entreprises responsables, ne provoquent de réaction que si elles causent un préjudice important à l'industrie de l'Union, peuvent

¹²⁷ Nonobstant la possibilité de mesures procédurales particulières inscrites dans les accords commerciaux que l'Union conclut avec les pays tiers (v., en particulier, *infra* note de bas de page n° 2149).

¹²⁸ Article 3 TFUE. Ce qui n'exclut pas, en matière de règles de concurrence, la possibilité de dispositions nationales, alors qu'en matière antidumping aucune législation nationale ne peut exister.

¹²⁹ Outre que, dans le cas de la prohibition des ententes, un accord anticoncurrentiel est nul de plein droit.

seulement faire l'objet de mesures de neutralisation de ce dommage si cela n'est pas contraire à l'intérêt de l'Union, et ne doivent pas nécessairement cesser sauf lorsqu'un engagement proposé d'y mettre fin est accepté. La législation antidumping européenne ignore toute mise en œuvre à l'initiative de la sphère privée, contrairement aux dispositions antitrust de l'Union. Ces dernières confèrent aux personnes concernées des droits subjectifs au respect desquels les juridictions nationales sont tenues de veiller. Au contraire, les normes antidumping ne sont susceptibles que d'une mise en œuvre par la sphère publique¹³⁰, qui plus est étroitement définie : constituée jusque récemment de deux institutions de l'Union, le Conseil et la Commission, et désormais de la seule Commission, sous le contrôle des États membres *via* un nouveau comité antidumping, elle ne s'étend à aucune autorité nationale, les administrations douanières étatiques n'ayant que des compétences d'application des mesures antidumping instituées par les institutions européennes. Ainsi le nombre d'autorités publiques impliquées est-il plus limité qu'en matière antitrust où la législation européenne confie aux autorités nationales désignées et à la Commission une coresponsabilité de son application effective par la sphère publique.

16. Réelles, ces nombreuses différences n'impliquent pas, par elles-mêmes, l'existence d'un conflit insurmontable. Deux législations ne sont pas incompatibles du seul fait de leur nombreuses dissemblances, tant dans la définition des pratiques d'entreprises qu'elles appréhendent, que s'agissant des réactions qu'elles autorisent contre elles. L'allégué conflit dont il s'agit de préciser les contours et d'esquisser les solutions résulte essentiellement des incidences que l'action antidumping produit sur la concurrence dans le marché intérieur. Les effets nocifs pour la concurrence résultant de l'action contre le dumping, notamment par la réduction de concurrence induite par les mesures prises en son nom et par les comportements antitrust adoptés dans son sillage, posent en effet un problème plus sérieux que cette réelle altérité. Si la coexistence harmonieuse entre les actions antidumping et antitrust ne va de soi, elle doit pourtant être promue. Nonobstant leurs multiples différences, les deux législations doivent cohabiter. Améliorer leur inéluctable coexistence en vue de l'apaiser davantage est une nécessité, puisque la disparition de la problématique par

¹³⁰ La plainte présentée à la Commission ne constituant pas une telle mise en œuvre à l'initiative de la sphère privée, le déclenchement de la procédure demeurant de la seule responsabilité de la Commission, sous le contrôle du juge européen.

un renoncement à la législation antidumping est actuellement improbable. S'il ne saurait être exigé de l'action antidumping européenne qu'elle contribue à l'établissement des conditions d'une concurrence libre et non faussée dans le marché unique – ce qui n'est d'ailleurs pas la finalité des règles de concurrence qui, en particulier par les prohibitions antitrust, visent seulement à garantir que la concurrence n'est pas faussée par des comportements privés –, elle devrait être en mesure d'assurer que les éventuelles atteintes à la libre concurrence qui l'accompagnent ne vont pas au-delà de ce qui est inévitable dans la poursuite de son objectif légitime de loyauté des échanges.

17. Par conséquent, étudier la problématique des relations entre la législation antidumping et le droit de la concurrence dans l'Union européenne, implique d'exposer et de contextualiser les différences entre la première et le second, en particulier sa branche antitrust (**Partie I**), ainsi que de reconnaître, décrire et circonscrire les incidences de l'action antidumping sur la concurrence (**Partie II**).

PARTIE I – LES DIFFÉRENCES ENTRE L’ACTION ANTIDUMPING ET LE DROIT DE LA CONCURRENCE

« La politique de concurrence du traité vise en premier lieu la sauvegarde de la concurrence à l’intérieur du marché commun dans l’intérêt final du consommateur, alors que le système des mesures antidumping tend à protéger l’industrie européenne (c’est-à-dire les acteurs du jeu de la concurrence) contre la concurrence (considérée comme déloyale) de produits importés qui sont vendus en dessous de leur valeur normale »¹³¹.

« Si la concurrence est un moteur, sa loyauté nedoit jamais jouer que le rôle secondaire d’un lubrifiant ou d’un servofrein »¹³².

18. Si la législation antidumping et les règles de concurrence de l’Union ont en commun une préoccupation pour des comportements d’entreprises et une appréhension de leurs pratiques tarifaires, exclusivement pour la première, en partie seulement pour la seconde¹³³, elles se distinguent par de nombreuses différences dont il est déduit, par certains auteurs, l’existence d’un conflit irréconciliable. Ce point commun concerne la branche antitrust du droit de la concurrence de l’Union, et c’est donc avec elle que la comparaison avec l’antidumping doit être principalement effectuée.

¹³¹ Conclusions de l’avocat général VAN GERVEN sous CJCE, 22 octobre 1991, *Eugen Nölle c/ Hauptzollamt Bremen-Freihafen*, aff. C-16/90, *Rec.* p. I-5163 (pt 11).

¹³² Dominique BRAULT, *Politique et pratique du droit de la concurrence en France*, LGDJ, 2004, 775 p. ; ici p. 173.

¹³³ Préoccupation exclusive pour la législation antidumping, qui ne vise que des comportements d’entreprises et uniquement leurs pratiques tarifaires ; préoccupation non-exclusive pour le droit de la concurrence qui s’intéresse aussi aux actions des États membres (contrôle des aides) et ne se borne pas à sanctionner des pratiques tarifaires (ni même une forme particulière de pratiques tarifaires, contrairement à la législation antidumping qui ne s’adresse qu’au dumping !).

En premier lieu, ces nombreuses différences concernent les *intérêts protégés* respectivement par l'une et par l'autre, ainsi que la *répartition des compétences* entre l'Union et les États membres et entre leurs autorités respectives chargées de défendre ces intérêts. L'un des griefs adressé à la législation antidumping européenne concerne les intérêts qu'elle protège et, à travers eux, les objectifs qu'elle poursuit prioritairement¹³⁴. Instrument de la politique commerciale de l'Union, l'action antidumping viserait, par la neutralisation des effets de la concurrence déloyale des importations effectuées en dumping, à protéger les entreprises européennes de leurs concurrents de pays tiers, au lieu de promouvoir la concurrence sur les marchés de l'Union, résultant de la compétition entre les produits fabriqués par les producteurs établis dans l'Union et ceux importés de pays tiers. Le reproche adressé à cette action de défense commerciale est de ne pas contribuer à une concurrence libre et non faussée, voire, au contraire, de l'affaiblir, alors que, précisément, le droit de la concurrence en a pour objet primordial la préservation. À cette première divergence relativement aux objectifs poursuivis au travers des intérêts protégés, qu'il convient de préciser et de nuancer, s'ajoute une série de différences en matière de répartition des compétences dont l'incidence sur la problématique des relations entre l'antidumping et le droit de la concurrence doit être mesurée. Ensemble, elles constituent les différences concernant le *cadre général d'appréhension des pratiques tarifaires (Titre I)*.

En second lieu, de multiples différences entre la législation antidumping et la branche antitrust du droit de la concurrence sont observables à propos des *pratiques tarifaires appréhendées* par l'une et par l'autre, qu'il s'agisse de leurs caractéristiques extrinsèques, relatives au contexte dans lequel elles s'inscrivent, ou de leurs caractéristiques intrinsèques, concernant les prix appréhendés eux-mêmes (**Titre II**).

19. Préalablement, une explication du choix des termes *appréhension* et *appréhendé* utilisés dans cette première partie semble nécessaire. Le dumping est *condamnabile* s'il cause un dommage important. Ainsi le dumping préjudiciable est-il condamné et non pas sanctionné. La Cour de justice l'a souligné en indiquant que « *l'institution des droits antidumping ne constitue pas une sanction d'un comportement antérieur*

¹³⁴ Le second grief étant qu'elle serait mise en œuvre de manière protectionniste et qu'elle tolérerait des restrictions de concurrence liées à son application injustifiées (v. *infra* partie II, respectivement, titres I et II).

*mais une mesure de défense et de protection contre la concurrence déloyale résultant des pratiques de dumping »¹³⁵. Cette condamnation de la pratique tarifaire n'implique aucune sanction ni pour son auteur, ni pour le contrat de vente sous-jacent : l'auteur ne se voit infliger aucune amende, et le contrat n'est pas nul. La seule conséquence de cette condamnation est l'autorisation donnée par le droit de l'OMC d'adopter des mesures antidumping visant à neutraliser le préjudice, sans toutefois nécessairement conduire à la cessation du dumping. Mais en matière antitrust, l'on ne peut parler de pratiques *condamnables* ou *condamnées*, car ces termes sous-entendent l'existence d'une procédure particulière pour déterminer l'existence des pratiques en cause, telle que celle qui existe en matière antidumping. En revanche les participes passés *prohibé*, *sanctionné*, et *interdit* sont utilisables pour qualifier les comportements visés. Mais ils ne sont pas pertinents en matière antidumping. La recherche de mots adéquats pour viser les deux législations nous a conduit à retenir les termes *appréhension* et *appréhendé*.*

¹³⁵ CJCE, 3 octobre 2000, *Industries des poudres sphériques (IPS) c/ Conseil*, aff. C-458/98 P, *Rec.* p. I-8147 (pt 91).

TITRE I – LES DIFFÉRENCES CONCERNANT LE CADRE GÉNÉRAL D’APPRÉHENSION DES PRATIQUES TARIFAIRES

20. La première différence entre la législation antidumping de l’Union et le droit européen de la concurrence, notamment antitrust, concerne les intérêts qu’ils protègent respectivement. Ceux des *concurrents* pour la première ; ceux de la *concurrence* pour le second. Leur divergence fondamentale, source d’incompatibilité, pourrait être résumée par la formule : *concurrents versus concurrence*. Le prétendu abîme, ainsi schématisé, peut être explicité dans les termes suivants : alors que le droit de la concurrence protégerait la libre concurrence et défendrait ainsi, indirectement et ultimement, les intérêts des consommateurs, la législation antidumping protégerait seulement des concurrents et, prétendument, la loyauté de la concurrence entre eux. En effet, l’objectif du premier est de préserver une concurrence libre, de promouvoir un intérêt général à une concurrence effective, et non pas de défendre les intérêts particuliers des concurrents. À l’opposé, la finalité de la seconde consiste à protéger les entreprises de l’Union des effets d’une concurrence agressive, qualifiée de déloyale, d’entreprises de pays tiers, nonobstant l’affirmation jurisprudentielle selon laquelle « *la procédure antidumping vise à rétablir sur concurrence non faussée sur le marché* »¹³⁶, formule qui évoque l’article 21 du règlement de base qui vise la restauration d’une concurrence effective et permet une certaine prise en compte d’intérêts autres que ceux de l’industrie de l’Union. Mais si la législation antidumping et les règles de concurrence diffèrent effectivement quant aux intérêts qu’elles protègent en priorité, leur antagonisme à cet égard peut être nuancé (**Chapitre I**).

21. Une deuxième différence porte sur les répartitions des compétences, législative et exécutive, en matière antidumping et antitrust, dont le droit primaire et la législation dérivée portent la responsabilité. En effet, si l’Union jouit dans les deux matières d’une compétence exclusive, les domaines de ce monopole varient entre l’une et l’autre. Par ailleurs, des choix diamétralement opposés ont été effectués s’agissant de la mise en œuvre des règles adoptées dans l’exercice de ces compétences, allant d’une centralisation quasi-totale à une large décentralisation.

¹³⁶ TPICE, 30 novembre 2000, *IPS c/ Commission*, aff. T-5/97, *Rec.* p. II-3755 (pt 213).

Ainsi, une série de différences relatives aux répartitions des compétences entre l'Union européenne et ses États membres d'une part, et entre institutions de l'Union d'autre part, distinguent plus qu'elles n'opposent la législation antidumping et le droit de la concurrence dans l'Union (**Chapitre II**).

CHAPITRE I – LES DIFFÉRENCES DANS LES INTÉRÊTS PROTÉGÉS

22. L'opposition entre l'objectif du droit de la concurrence et celui de la législation antidumping est être ainsi résumée : contrairement au premier, notamment sa branche antitrust, qui contribuerait à protéger la concurrence dans l'intérêt des consommateurs, la seconde assurerait la défense des intérêts des seuls concurrents. Si cette opposition des intérêts protégés et, à travers eux, des objectifs poursuivis, peut être vérifiée, elle doit être nuancée. Certes, selon le droit de l'OMC, le dumping n'est une pratique commerciale condamnable que si elle cause un préjudice important à l'industrie domestique du pays importateur et sa condamnation par la législation européenne est donc conditionnée à son caractère préjudiciable pour l'industrie de l'Union. Mais la clause d'intérêt public insérée dans la législation européenne tempère la prévalence des intérêts de l'industrie de l'Union. Inscrite de longue date dans la législation antidumping européenne, elle permet la réception de préoccupations concurrentielles qui, si elles ne sauraient suffire à attribuer une nature anticoncurrentielle au dumping préjudiciable, atténue l'opposition entre l'action antidumping et le droit de la concurrence. Par ailleurs, le grief de protection des concurrents n'est pas absent de certaines critiques adressées à la mise en œuvre du droit antitrust de l'Union. Ces nuances n'excluent pas la mise en évidence d'une réelle divergence entre législation antidumping et droit de la concurrence sous l'angle de la promotion de la libre concurrence (**Section 1**).

Cette divergence est cependant tempérée par leur attitude respective à l'endroit de la concurrence loyale. La législation contre le dumping vise, en effet, à éliminer ou neutraliser une pratique jugée déloyale, afin de restaurer une concurrence loyale dépourvue des effets de distorsions des échanges du dumping préjudiciable. Or, le droit de la concurrence n'est pas sourd à l'objectif de loyauté d'une concurrence qu'il cherche, en premier lieu, à rendre libre. La nécessité d'une action « *en vue de garantir [...] la loyauté dans la concurrence* » est d'ailleurs reconnue dans le

préambule du TFUE¹³⁷, et l'idée de loyauté ressort également de l'objectif répété de *concurrence non faussée*¹³⁸. Ainsi, dès lors que la loyauté de la concurrence, objectif revendiqué de la législation antidumping, n'est pas ignorée mais, au contraire, dans une certaine mesure promue par le droit de la concurrence, une certaine complémentarité entre la première et le second pourrait être mise en évidence (**Section 2**). Aux fins de cette présentation de la réception de l'exigence de loyauté par le droit de la concurrence, il conviendra d'élargir le champ de la comparaison entreprise dans cette partie : centrée sur le droit antitrust, qui partage avec l'antidumping l'appréhension de pratiques d'entreprises, il inclura, dans cette section, d'autres règles de concurrence.

Section 1 – Une réelle divergence sous l'angle de la promotion de la liberté de la concurrence

23. Au sein du droit de la concurrence de l'Union, la branche antitrust vise les comportements des entreprises. D'autres branches, dont le contrôle des aides octroyées par les États membres, ne s'intéressent pas aux comportements de celles-là mais à l'action de ceux-ci. Puisque le dumping est une pratique d'entreprises, la mise en évidence des différences relatives aux intérêts respectivement protégés par la législation antidumping et le droit de la concurrence se concentrera sur les règles de celui-ci concernant le comportement, notamment tarifaire, des entreprises. Ainsi, quant à la promotion de l'existence et de la liberté de la concurrence, il convient d'exposer dans quelle mesure la législation antidumping néglige cette finalité et fait primer la défense des intérêts de certains concurrents européens (§ I.), afin de confronter cette inclination avec la contribution prioritaire, mais non exclusive, des règles antitrust à la protection de la libre concurrence dans l'intérêt du bien-être des

¹³⁷ Dans le préambule, les États membres reconnaissent que « *l'élimination des obstacles existant appelle une action concertée en vue de garantir la stabilité dans l'expansion, l'équilibre dans les échanges et la loyauté dans la concurrence* ».

¹³⁸ V. le *protocole sur le marché intérieur et la concurrence*, annexé aux TUE et TFUE : il précise que le marché intérieur « *comprend un système garantissant que la concurrence n'est pas faussée* ». V., également, l'évocation de l'objectif dans les articles 101 et 107 TFUE, concernant les règles de concurrence, et dans l'ancien article 132 CE, qui prévoyait l'harmonisation des « *régimes d'aides accordées par les États membres aux exportations vers les pays tiers [...] dans la mesure nécessaire pour éviter que la concurrence entre les entreprises de la Communauté soit faussée* » (disposition dont l'obsolescence justifia l'abrogation par le traité de Lisbonne).

consommateurs (§ II.). En revanche, la confrontation de la législation antidumping et du droit de la concurrence en matière de loyauté de la concurrence exigera d'élargir le champ de la comparaison et d'envisager, en plus du droit antitrust, d'autres dispositions européennes, notamment celles relatives au contrôle des aides d'États.

§ I. La défense des intérêts de certains concurrents européens par la législation antidumping

24. La législation antidumping de l'Union, à l'instar de la discipline antidumping de l'OMC, conditionne la condamnation du dumping à l'existence d'un préjudice important causé à l'industrie de l'Union par les importations effectuées en dumping (A.). Appliquant ainsi l'adage *point d'intérêt, pas d'action*, elle désigne l'intérêt dont elle assure la protection. Un tempérament doit cependant être apporté à cette constatation. Dans l'Union, la réunion des trois conditions à la condamnation de la pratique appréhendée – dumping, préjudice et lien de causalité – n'autorise pas nécessairement une riposte antidumping. En exigeant que cette riposte soit dans l'intérêt de l'Union, le règlement antidumping de base ajoute une condition qui conduit à prendre en considération d'autres intérêts que ceux des concurrents européens, et à mettre en balance des intérêts généralement divergents (B.).

A. Le principe : une pratique tarifaire condamnée lorsque préjudiciable à l'industrie de l'Union

25. La pratique commerciale consistant à importer dans un pays des produits à des prix de dumping ne peut être condamnée par la législation d'un Membre de l'OMC que si elle cause un dommage important à son industrie. Ainsi la législation antidumping de l'Union requiert-elle que soit déterminée l'existence d'un préjudice important¹³⁹ pour l'industrie de l'Union. En d'autres termes, la législation antidumping condamne une pratique causant un préjudice à des concurrents¹⁴⁰ des

¹³⁹ Le règlement antidumping de base utilise le terme *préjudice* (en anglais *injury*). L'article VI du GATT ainsi que le Code antidumping de 1994 utilisent le mot *dommage* (en anglais *injury*), alors que dans les deux premiers Codes antidumping le mot *préjudice* avait été utilisé. Ainsi, en matière antidumping, les termes *dommage* et *préjudice* doivent être considérés comme synonymes.

¹⁴⁰ Il n'est pas exclu que le dumping soit le fait d'un seul producteur-exportateur étranger, mais presque toujours il est pratiqué par plusieurs, souvent même un grand nombre, de producteurs-

entreprises de pays tiers qui recourent au dumping pour leurs exportations vers l'Union (1°).

Mais le préjudice considéré n'est pas celui causé à tous les concurrents des *auteurs* du dumping¹⁴¹. Il ne s'agit, en principe, que du dommage infligé aux seuls concurrents fabricants dans l'Union et, dans certains cas, à certains d'entre eux seulement. Ainsi, la législation antidumping de l'Union a pour objet la protection des intérêts d'une partie des concurrents européens des auteurs du dumping (2°).

1° La condamnation d'une pratique causant un préjudice important à des concurrents des auteurs du dumping

26. Le préjudice important, à l'origine duquel le dumping doit se trouver pour être condamné, est subi non par la concurrence, ni même par l'économie du pays importateur en général, mais par la *branche de production nationale* de ce pays, selon l'expression utilisée par l'article VI du GATT. Le règlement de base de l'Union conditionne la condamnation du dumping à la détermination de l'existence d'un préjudice important causé, par les importations effectuées en dumping, à l'industrie de l'Union¹⁴² du produit similaire à celui importé en dumping. Ainsi le préjudice recherché est-il celui des concurrents des auteurs du dumping établis dans l'Union¹⁴³.

exportateurs d'un ou plusieurs pays tiers, et donc l'usage du pluriel doit être préféré à celui du singulier.

¹⁴¹ Sur le sens du terme *auteur* retenu, dans la présente thèse, pour désigner les personnes qui mettent en œuvre la pratique tarifaire en cause, v. *infra* n° 139.

¹⁴² Si l'expression *industrie communautaire* est celle utilisée par tous les règlements de base successifs, y compris par celui de 2009 aujourd'hui en vigueur, codifiant le règlement de 1996 et adopté avant l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne le 1^{er} décembre 2009, désormais, c'est l'expression *industrie de l'Union* qui doit être utilisée, l'Union s'étant substituée et ayant succédé à la Communauté à cette date. Ainsi, les règlements instituant des droits provisoires ou définitifs adoptés depuis janvier 2010 utilisent cette expression ; mais, curieusement, pas tous les règlements adoptés en décembre 2009. Ce changement terminologique a récemment été acté par le législateur européen : le règlement (UE) n° 37/2014 du Parlement européen et du Conseil, du 15 janvier 2014, modifiant certains règlements relatifs à la politique commerciale commune en ce qui concerne les procédures d'adoption de certaines mesures (JOUE L 18, 21 janvier 2014, p. 1) qui modifie, entre autres, la législation antidumping de base, s'agissant de la procédure d'adoption des mesures antidumping, indique que toute référence à *Communauté européenne* ou *Communauté* s'entend comme une référence à *Union européenne* ou à *Union* et, s'agissant des seules dispositions qu'il modifie, remplace l'adjectif *communautaire* et l'expression *de la Communauté* par l'expression *de l'Union*. La prochaine version codifiée du règlement de base devrait assurer une uniformisation des autres dispositions de la législation de base (v. la *déclaration de la Commission sur la codification*, JOUE L 18, 21 janvier 2014, p. 50).

¹⁴³ Pour une définition plus précise de l'*industrie de l'Union* et du *produit similaire*, v. *infra* respectivement n° 334 et s. et n° 154 et s.

Le préjudice de l'industrie de l'Union peut avoir, alternativement, l'un des trois visages suivants : il peut être actuel, l'industrie souffrant actuellement des importations en dumping ; il peut être futur, mais imminent et certain, puisqu'une simple menace de préjudice important suffit ; enfin, il peut être celui d'une victime en gestation, dans la mesure où un retard sensible dans la création d'une industrie peut justifier la condamnation du dumping. Dans la législation de base, le terme *préjudice* désigne ces trois formes de préjudice¹⁴⁴. Dans les développements suivants ce terme sera parfois remplacé par l'expression *préjudice important* qui devra être considérée comme équivalente.

27. L'intensité requise de l'atteinte à la situation des concurrents n'est pas précisée. Ni l'article VI du GATT, ni l'un des Codes antidumping successifs, ni l'un des règlements de base consécutifs, ne définissent le qualificatif *important*¹⁴⁵. Deux concepts bornent, cependant, les extrémités de la notion de *préjudice important*.

En premier lieu, le dommage ne doit pas être négligeable. Le Code antidumping impose la clôture immédiate des enquêtes ouvertes lorsque les autorités compétentes pour la mise en œuvre d'une législation antidumping ont déterminé que le dommage est *négligeable*. Mais il ne définit pas davantage un tel faible dommage¹⁴⁶. Au contraire, le règlement de base indique que le préjudice est négligeable lorsque ces importations ne dépassent pas les seuils de 1% (importations d'un seul pays) ou de 3% (en cas de cumul des importations de plusieurs pays) de la consommation dans l'Union¹⁴⁷. Un lien est ainsi établi entre l'effet préjudiciable et l'importance des

¹⁴⁴ Ces trois formes sont séparément désignées, respectivement, par les expressions « *préjudice important causé à une industrie communautaire* », « *menace de préjudice important pour une industrie communautaire* » et « *retard sensible dans la création d'une industrie communautaire* » (article 3, paragraphe 1, du règlement de base). Dans le Code antidumping, c'est le mot *dommage* qui désigne les trois formes de dommage : « *dommage important causé à une branche de production nationale* », « *menace de dommage important pour une branche de production nationale* » et « *retard important dans la création d'une branche de production nationale* ».

¹⁴⁵ Ce silence des règles du GATT, puis du droit de l'OMC, permet à la législation américaine de considérer important tout préjudice qui n'est pas « *sans conséquence, sans réalité ou sans importance* » (19 USC § 1677 (7) (A) : « *harm which is not inconsequential, immaterial or unimportant* »).

¹⁴⁶ Article 5.8 du Code antidumping de 1994. À la différence des deux autres circonstances commandant la clôture de l'enquête – une marge de dumping *de minimis* et des volumes d'importations en dumping négligeables – le niveau trop faible du dommage n'est pas quantifié par le Code antidumping.

¹⁴⁷ L'article 9, paragraphe 3, du règlement de base, renvoie aux volumes des importations spécifiés à l'article 5, paragraphe 7.

importations en dumping, c'est-à-dire entre l'effet de ces dernières et la part de marché qu'elles représentent.

En second lieu, il n'est pas nécessaire que le préjudice soit *grave*. La détermination d'un préjudice grave, condition de fond à l'institution de mesures de sauvegarde¹⁴⁸, est effectuée en présence d'« *une dégradation générale notable de la situation des producteurs communautaires* »¹⁴⁹. Bien que cette notion soit imprécise, il est permis d'en déduire que le préjudice important peut être constaté même en l'absence d'une telle dégradation de la situation de l'industrie de l'Union.

Le préjudice important, ainsi encadré par le préjudice négligeable et le préjudice grave, n'est pas défini mais une liste, non exhaustive, d'éléments factuels à prendre en compte pour déterminer l'effet du dumping est incluse dans le Code antidumping et reprise dans le règlement de base. La mesure de cet effet, en vue d'une éventuelle détermination de l'existence d'un préjudice important, implique l'examen de tous ces facteurs¹⁵⁰. Tous concernent la santé économique des concurrents européens des producteurs-exportateurs de pays tiers qui recourent au dumping pour leurs exportations vers l'Union. Un *impact* sur l'industrie de l'Union « *tel qu'on puisse le considérer comme important* » doit être établi¹⁵¹.

28. Si une réelle exclusion, à terme, des concurrents européens n'est pas requise, la constatation d'un effet – le préjudice important – est nécessaire à la condamnation du dumping et à l'adoption des mesures visant à le neutraliser. L'effet produit ne doit pas forcément être la disparition des concurrents européens ou l'empêchement de leur apparition. Mais si les importations en dumping ne produisent aucun effet significatif sur l'industrie de l'Union, aucune constatation de préjudice important ne sera établie. Ainsi, l'échec du dumping à causer un préjudice important exclut sa condamnation¹⁵².

¹⁴⁸ Mesures de défenses commerciales autorisées par l'article XIX du GATT 1994 et explicitées par l'accord sur les sauvegardes ; régies, dans l'Union, par le règlement (CE) n° 260/2009 du Conseil, du 26 février 2009, relatif au régime commun applicable aux importations (*JOUE* L 84, 31 mars 2009, p. 1), codifiant (et abrogeant) le règlement (CE) n° 3285/94, du Conseil, du 22 décembre 1994, relatif au régime commun applicable aux importations et abrogeant le règlement (CE) n° 518/94 (*JOCE* L 349, 31 décembre 1994, p. 53).

¹⁴⁹ Règlement (CE) n° 260/2009, préc., article 5, paragraphe 3, a).

¹⁵⁰ V. rapport du Groupe spécial *Communautés européennes – Droits antidumping sur les importations de linge de lit en coton en provenance d'Inde*, 30 octobre 2000, WT/DS 141/R (paragraphe 6.169). La Cour de justice avait validé la position contraire des institutions dans CJCE, 5 octobre 1988, *Silver Seiko c/ Conseil*, aff. jtes 273/85 et 107/86, *Rec.* p. 5927 (pts 40 et 50).

¹⁵¹ Article 3, paragraphe 6, du règlement de base.

¹⁵² Mais l'augmentation de la part de marché de l'industrie de l'Union n'exclut pas l'existence d'un préjudice important.

Une gêne réelle à l'apparition ou au développement des concurrents européens peut suffire. Elle atteste, en réalité, de l'effet de la pratique de dumping et, par conséquent, d'une certaine réussite des producteurs-exportateurs de pays tiers dans la compétition avec l'industrie de l'Union.

2° La protection des intérêts de certains concurrents européens des auteurs du dumping

29. En premier lieu, la législation antidumping protège uniquement les intérêts des *concurrents européens* des exportateurs pratiquant le dumping sur le marché intérieur. En effet, le préjudice important constaté est celui des seuls producteurs formant l'industrie de l'Union, autrement dit de concurrents européens des auteurs du dumping. Seul ce préjudice est pris en compte, à l'exclusion du dommage que pourraient subir les entreprises de pays tiers ne pratiquant pas le dumping, qu'il s'agisse de celles d'un pays d'où sont originaires certaines importations faisant l'objet d'un dumping – dont les exportations peuvent être affectées par les pratiques de dumping des producteurs-exportateurs de leur propre pays – ou des entreprises d'autres pays tiers. L'industrie de l'Union est constituée des entreprises qui fabriquent, sur des sites de production situés sur le territoire de l'Union, des produits ayant une origine communautaire¹⁵³ ; ni le lieu du siège social d'une entreprise, ni la qualité de ressortissant européen des détenteurs de son capital n'influent sur sa qualification de producteur de l'Union : « [l]e critère déterminant est une production sur le territoire communautaire »¹⁵⁴. Ainsi, en l'absence d'industrie de l'Union, alors même que, par des importations en dumping, certaines entreprises de pays tiers peuvent empêcher ou gêner des exportations vers l'Union non effectuées en dumping, aucun préjudice ne peut être constaté. De même, si l'industrie de l'Union ne souffre pas des importations faisant l'objet de dumping, alors que des exportateurs d'autres pays tiers subissent un préjudice important, aucune réponse antidumping n'est

¹⁵³ À défaut de l'adoption de dispositions spéciales, autorisée par l'article 14, paragraphe 3, du règlement de base, l'origine communautaire est définie, selon ce dernier, par le règlement (CEE) n° 2913/92 du Conseil, du 12 octobre 1992, établissant le code des douanes communautaire, *JOCE* L 302, 19 octobre 1992, p. 1. Ce règlement est abrogé et remplacé par le règlement (CE) n° 450/2008 du Parlement européen et du Conseil, du 23 avril 2008, établissant le code des douanes communautaire (code des douanes modernisé), *JOUE* L 145, 4 juin 2008, p. 1.

¹⁵⁴ Dominique AVOT et Marc DE PAUW, « Antidumping », in : Ami BARAV et Christian PHILIP (dir.), *Dictionnaire juridique des Communautés européennes*, Paris, PUF, 1993, 1189 p., p. 82-103 ; spéc. p. 94.

envisageable. Les intérêts des producteurs étrangers, pourtant compétiteurs des auteurs du dumping sur le marché intérieur, ne sont pas pris en considération. Une nuance doit être apportée à cette affirmation et réside dans la possibilité pour les Membres de l'OMC d'adopter des « *mesures antidumping pour le compte d'un pays tiers* »¹⁵⁵. À la requête d'un pays tiers exportateur (pays A), un pays importateur (pays B) peut imposer des mesures antidumping à l'encontre des importations en dumping en provenance d'un autre pays exportateur (pays C), si ces importations causent un dommage à l'industrie du premier pays exportateur (pays A) dans son ensemble¹⁵⁶. En considérant l'Union comme le pays B, cela signifie qu'elle est autorisée à prendre des mesures contre les importations dans l'Union effectuées en dumping depuis un pays tiers (pays C) qui causent un préjudice non pas à l'industrie de l'Union mais à l'industrie d'un autre pays tiers (pays A). Cette possibilité d'adoption de mesures pour le compte d'un pays tiers ne semble pourtant pas avoir été reprise dans le règlement de base qui ne permet l'institution de mesures antidumping qu'en cas de préjudice important causé à une industrie de l'Union¹⁵⁷.

30. En second lieu, la législation antidumping ne défend pas nécessairement les intérêts de *tous* les concurrents européens. En effet, le préjudice important constaté n'est pas nécessairement celui de toute l'industrie de l'Union.

D'une part, si l'industrie de l'Union est normalement constituée de « *l'ensemble des producteurs communautaires de produits similaires* »¹⁵⁸, il est suffisant qu'une partie seulement des concurrents européens subissent le préjudice provoqué par les importations faisant l'objet d'un dumping. Il est possible de déterminer le préjudice pour une industrie de l'Union constituée seulement des producteurs dont les productions additionnées représentent une « *proportion majeure* » de la production

¹⁵⁵ Prévues à l'article VI:6, b) du GATT et explicitées par l'article 14 du Code antidumping.

¹⁵⁶ Et non pas seulement un préjudice aux exportateurs de ce pays (pays A) impactés par les importations en dumping vers le pays importateur (pays B) ni même à tous les exportateurs de ce premier pays (pays A) ; v. article 14.3 du Code antidumping.

¹⁵⁷ Il n'est certes pas dans l'intérêt de l'Union de renchérir le prix d'importations à bas prix qui ne causent aucun préjudice à son industrie, notamment en raison de l'absence de préjudice. Mais l'intérêt de la préservation d'une concurrence effective et loyale, en neutralisant les pratiques déloyales, pourrait justifier l'adoption de telles mesures pour le compte d'un pays tiers, afin de protéger, à long terme, les intérêts des consommateurs européens. V., pour une critique de cette lacune de la législation de l'Union, Pierre DIDIER, *Les principaux accords de l'OMC et leur transposition dans la Communauté européenne, I, Les Instruments de Politique Commerciale, Dumping, Subventions, Sauvegardes - Les marchés publics*, Bruxelles, Bruylant, 1997, 646 p. ; spéc. p. 151-152.

¹⁵⁸ Article 4, paragraphe 1, du règlement de base.

communautaire totale¹⁵⁹. Cette proportion majeure n'est pas définie par le règlement de base et ne peut plus être établie sur la base des seuils fixés par l'article 5, paragraphe 4, du règlement de base¹⁶⁰, utilisés pour vérifier qu'une plainte est soutenue par une partie suffisante des producteurs de l'Union. Elle doit désormais l'être au cas par cas. En pratique il s'agit généralement de producteurs représentant au moins la moitié de la production dans l'Union¹⁶¹.

D'autre part, la législation antidumping prévoit l'exclusion de l'industrie de l'Union des producteurs qui, « *bien que fabriquant le produit similaire sur le territoire communautaire, sont liés aux exportateurs ou importateurs du produit faisant l'objet d'un dumping* »¹⁶². Cette exclusion n'a certes aucun caractère automatique puisque la Cour de justice a reconnu aux institutions un pouvoir d'appréciation des circonstances factuelles justifiant l'exclusion ou le maintien de ces producteurs liés¹⁶³. Elle renforce néanmoins l'aspect protectionniste de la notion d'*industrie de l'Union*.

Enfin, le préjudice examiné peut n'être que celui d'une industrie régionale. En effet, dans des circonstances exceptionnelles¹⁶⁴, l'industrie de l'Union qui subit un préjudice important est celle d'une partie seulement de l'Union constituant un marché distinct. La protection de la législation antidumping est accordée à une telle industrie

¹⁵⁹ *Ibid.*

¹⁶⁰ En effet, dans le différend *Communautés européennes – Mesures antidumping définitives visant certains éléments de fixation en fer ou en acier en provenance de Chine*, l'Organe d'appel (rapport du 15 juillet 2011, WT/DS397/AB/R) a considéré que la « *proportion majeure* » aux fins de la détermination du préjudice subi par l'industrie de l'Union, ne pouvait automatiquement reposer sur le seuil minimum de 25% indiqué à l'article 5, paragraphe 3, du règlement de base, relatif à la recevabilité de la plainte (qui doit être soutenue par une proportion suffisante des producteurs dans l'Union).

¹⁶¹ Sur la base des dispositions du règlement de base jugées incompatibles avec le Code antidumping dans le différend DS397, le Tribunal avait estimé que le préjudice pouvait être déterminé au regard de producteurs représentant seulement 25% de la production communautaire : TPICE, 11 juillet 1996, *Sinochem Heilongjiang c/ Conseil*, aff. T-161/94, *Rec.* p. II-695 (pt 89 : « *La requérante ne saurait, finalement, se plaindre du fait que les institutions communautaires ont déterminé le préjudice seulement au regard de l'industrie plaignante et non pas au regard de l'ensemble des producteurs de la Communauté. [...] l'expression "proportion majeure" ne devrait pas être interprétée comme exigeant une proportion de 50 % ou plus, mais plutôt comme exigeant une proportion de 25 % ou plus* »).

¹⁶² Dominique AVOT et Marc DE PAUW, « Antidumping », préc. ; spéc. p. 95. V, également, article 4, paragraphe 1, a), du règlement de base.

¹⁶³ CJCE, 14 mars 1990, *Gestetner Holdings plc c/ Conseil et Commission*, aff. C-156/87, *Rec.* p. I-781 (pts 41-44) ; le requérant prétendait que l'exclusion des producteurs ayant des liens avec les exportateurs ou les importateurs ou étant eux-mêmes importateurs du produit présumé faire l'objet d'un dumping était, dans la pratique des institutions, automatique. La Cour leur reconnaît, au contraire, un pouvoir d'appréciation, dont l'exercice est seulement limité par le contrôle de l'erreur manifeste.

¹⁶⁴ V. *infra* n° 95.

régionale « *même si une proportion majeure de l'industrie communautaire n'est pas lésée* »¹⁶⁵.

B. L'atténuation : une pratique tarifaire neutralisée lorsqu'une mesure n'est pas contraire à l'intérêt de l'Union

31. La préoccupation de la législation antidumping à l'égard des intérêts de tout ou partie des concurrents européens n'est pas exclusive. Depuis l'origine, la législation européenne subordonne l'adoption d'une mesure antidumping à la démonstration qu'elle soit dans l'intérêt de l'Union¹⁶⁶. Par la condition relative à l'intérêt de l'Union, le législateur a inséré dans la réglementation antidumping une clause d'intérêt public (1°). Celle-ci permet, dans une certaine mesure, la prise en compte, en vue de l'adoption de mesures antidumping, des intérêts de personnes autres que les concurrents européens et, à travers l'ensemble de ces intérêts ou séparément d'eux, de considérations relatives à la concurrence sur le marché concerné (2°).

1° Le rôle négatif de la clause d'intérêt de l'Union dans l'adoption de mesures antidumping

32. Ni l'article VI du GATT, ni aucun des trois Codes antidumping successifs n'exigent que les législations antidumping contiennent une clause d'intérêt public. Une telle disposition prévoit une prise en compte de l'intérêt public avant l'adoption d'une mesure antidumping permise par la préalable triple détermination de l'existence d'un dumping, d'un préjudice important et d'un lien de causalité entre eux.

Cependant, l'encadrement multilatéral des législations antidumping a toujours reconnu que, nonobstant la réunion de trois conditions d'adoption des mesures, l'institution de celles-ci demeurait facultative. D'une part, les États jouissent d'une totale discrétion quant à l'adoption de mesures en présence de dumping préjudiciable,

¹⁶⁵ Article 4, paragraphe 1, b), du règlement de base.

¹⁶⁶ Tous les règlements de base successivement adoptés utilisent l'expression *intérêt de la Communauté* (ou *intérêt communautaire*). Mais depuis l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne, c'est celle d'*intérêt de l'Union* qui doit lui être préférée. Le règlement n° 37/2014 (préc.) a en partie effectué le changement terminologique dans le règlement de base, et la nouvelle codification de la législation de base annoncée par la Commission devrait l'achever. Les expressions *intérêt de la Communauté*, *intérêt de l'Union* et *intérêt européen* doivent être considérées comme synonymes.

l'article VI du GATT ne les contraignant nullement à agir contre le dumping¹⁶⁷. D'autre part, dès le premier Code antidumping, il était précisé que « *la décision d'imposer ou non un droit antidumping dans les cas où toutes les conditions requises sont remplies [...] incombent aux autorités* » du pays ou territoire douanier importateur et qu' « *il est souhaitable que l'imposition soit facultative* »¹⁶⁸. Si l'insertion d'une telle clause, ou critère, d'intérêt public est ainsi encouragée, elle est optionnelle et devrait le demeurer¹⁶⁹.

33. Dans la Communauté, depuis le premier règlement antidumping de base pris en 1968, l'adoption d'une mesure antidumping est subordonnée à sa nécessité au regard des *intérêts de la Communauté*, devenu *intérêt de la Communauté* (singulier !) à partir du 5^{ème} règlement de base (1994), et désormais *intérêt de l'Union*¹⁷⁰. Jusqu'en 1994, la condition relative à cet intérêt était formulée comme une *condition positive*¹⁷¹. Selon une disposition reprise dans les règlements de base successifs, un

¹⁶⁷ Cette discrétion pouvait déjà être décelée dans l'article VI:2 du GATT de 1947, qui indiquait « *qu'en vue de neutraliser ou d'empêcher le dumping, toute partie contractante pourra percevoir [...] un droit antidumping* ».

¹⁶⁸ Article 8.a) du Code antidumping de 1967 ; v., également, article 8.1 du Code antidumping de 1979 et article 9.1 du Code antidumping de 1994.

¹⁶⁹ En effet, il est peu probable que le futur Code antidumping, auquel les Négociations commerciales multilatérales du Cycle de Doha pourraient aboutir, contienne une clause d'intérêt public impérative. Ainsi, le dernier projet d'accord présenté le 21 avril 2011 par le Président du Groupe de négociation sur les règles, à l'instar de son précédent projet du 19 décembre 2008, fait le constat d'une grande division des Membres quant à une révision du Code antidumping pour y inclure une obligation de prévoir dans leur législation une procédure permettant de tenir compte des intérêts des parties intéressées appelée « *procédure d'intérêt public* » (OMC, Groupe de négociations sur les règles, *Communication du président*, TN/RL/W/254, 21 avril 2011 ; spéc. p. 20).

¹⁷⁰ Article 17 du règlement (CEE) n° 459/68 du Conseil, du 5 avril 1968, relatif à la défense contre les pratiques de dumping, primes ou subventions de la part de pays non membres de la Communauté économique européenne, *JOCE* L 93, 17 avril 1968, p. 1.

L'exigence relative à l'intérêt de l'Union n'est pas, *stricto sensu*, une condition de la *condamnation* du dumping. À cette fin, il est suffisant que les importations faisant l'objet d'un dumping causent à l'industrie de l'Union un préjudice important. C'est, cependant, une condition requise dans les règlements de base pour sa sanction, c'est-à-dire sa neutralisation par l'institution de droits antidumping. La Communauté puis l'Union se distinguent ainsi, notamment, des États-Unis d'Amérique où l'adoption de mesures antidumping est obligatoire dès lors qu'est établie l'existence d'un dumping et d'un préjudice à l'industrie américaine en résultant. La législation américaine ne comporte aucun test de l'intérêt public. Wolfgang MÜLLER rapportait que d'autres pays, tels que l'Australie et le Canada, faisaient occasionnellement référence à l'intérêt public mais que la Communauté était la seule à appliquer une telle condition de manière systématique (Wolfgang MÜLLER, Nicholas KHAN et Hans-Adolf NEUMANN, *EC Anti-dumping Law – A Commentary on Regulation 384/96*, John Wiley & Sons, 1998, 662 p., « Chapter 21: Community Interest », p. 479-509 ; spéc. p. 479).

¹⁷¹ Ce dont on peut trouver une confirmation dans l'évocation de cette condition dans certains arrêts de la Cour de justice. V., à cet égard, CJCE, 28 novembre 1989, *Anonymos Etaireia Epichiriseon c/ Conseil*, aff. C-121/86, *Rec.* p. 3919 (pt 11) ; CJCE, 28 novembre 1991, *Bureau européen des unions de consommateurs (BEUC) c/ Commission*, aff. C-170/89, *Rec.* p. I-5798 (pts 25 et 28).

droit antidumping provisoire ou définitif ne pouvait être institué que si « *les intérêts de la Communauté nécessitent une action* »¹⁷². Mais aucune disposition ne définissait la notion d'« *intérêts de la Communauté* ». Sans davantage la définir, la Cour de justice la présentait néanmoins comme une condition positive¹⁷³.

34. Les règlements de base adoptés à la suite de la conclusion du Cycle de l'Uruguay ont maintenu cette condition et, surtout, ont précisé la notion d'*intérêt de la Communauté*¹⁷⁴. Ils la formulent cependant comme une *condition négative*. En effet, s'ils continuent à indiquer que des droits antidumping ne sont adoptés que si « *l'intérêt de la Communauté nécessite une action* »¹⁷⁵, ils précisent que les mesures « *peuvent ne pas être appliquées, lorsque les autorités [...] peuvent clairement conclure qu'il n'est pas dans l'intérêt de la Communauté d'appliquer de telles mesures* »¹⁷⁶. Le caractère négatif¹⁷⁷ de la condition ressort également des lignes

¹⁷² Selon cette condition reprise dans les règlements de base successifs, un droit antidumping provisoire ou définitif ne pouvait être institué que si « *les intérêts de la Communauté nécessitent une action* ». Le Guide de la législation communautaire à l'encontre des pratiques de dumping et de subventions, présenté par la Commission en septembre 1988, expliquait qu'une enquête ne peut être conclue par l'institution de droits antidumping que si « *l'imposition de ces droits est de l'intérêt de la Communauté* », les « *“intérêts de la Communauté” [pouvant] couvrir une large gamme de facteurs* », les « *plus important [étant] cependant ceux des consommateurs et des transformateurs du produit importé et le besoin de maintenir la concurrence au sein du marché commun* » (guide annexé à l'ouvrage de Dominique VOILLEMOT, *La réglementation CEE anti-dumping et anti-subventions*, Paris, Joly éditions, 1993, 270 p. ; spéc. p. 227-237).

¹⁷³ CJCE, 28 novembre 1991, *BEUC c/ Commission*, aff. C-170/89, *Rec. p. I-5709*) : « *La procédure antidumping a pour finalités, d'une part, [...] d'autre part, de permettre aux institutions de prendre dans un délai raisonnable, si l'intérêt de la Communauté le commande, les mesures qui s'imposent* » (pt 25, soulignement ajouté). V. également, CJCE, 28 novembre 1989, *Epicheiriseon Metalleftikon Viomichanikon kai Naftiliakon e.a. c/ Conseil*, (aff. C-121/86, *Rec. p. 3919*), visant comme condition à l'institution de mesures, « *la nécessité d'agir dans l'intérêt de la Communauté* » (pt 11).

¹⁷⁴ Dans chacun des règlements de base adoptés, le premier en 1994, le second en 1996 tel que codifié en 2009 dans l'actuel règlement de base (CE) n° 1225/09, un article y est entièrement consacré.

¹⁷⁵ Articles 7, paragraphe 1, et 9, paragraphe 4, du règlement (CE) n° 3283/94 ; articles 7, paragraphe 1, et 9, paragraphe 4, du règlement (CE) n° 384/96 et, désormais, articles 7, paragraphe 1, et 9, paragraphe 4, du règlement (CE) n° 1225/09.

Par ailleurs, chacun de ces trois règlements de base prévoient que « *[l]orsque la plainte est retirée, la procédure doit être close, à moins que cette clôture ne soit pas dans l'intérêt de la Communauté* » (article 9, paragraphe 1, de chacun d'eux), et que « *[d]ans l'intérêt de la Communauté, les mesures imposées en vertu du présent règlement peuvent, après consultation du comité consultatif, être suspendues* » (article 14, paragraphe 4, de chacun d'eux).

Enfin, bien que non expressément prévue pour le maintien des mesures arrivant à expiration (article 11, paragraphe 2, de chaque règlement), la vérification de l'intérêt de la Communauté (désormais intérêt de l'Union) à ce maintien a été jugée requise par le Tribunal dans l'affaire *Euroalliances II* (TPICE, 8 juillet 2003, *Euroalliances e.a. c/ Commission*, aff. T-132/01, *Rec. p. II-2359*).

¹⁷⁶ V. article 21, paragraphe 1, du règlement de base.

directrices sur l'intérêt de la Communauté de 1996¹⁷⁸, ainsi que du récent projet de lignes directrices sur l'intérêt de l'Union¹⁷⁹, et, surtout, des règlements instituant des droits antidumping, adoptés tant par la Commission que par le Conseil. Les institutions y examinent les divers intérêts en présence pour déterminer s'il existe des raisons impérieuses de conclure qu'il n'est pas dans l'intérêt de l'Union d'adopter des mesures antidumping. Le Tribunal a d'ailleurs reconnu ce caractère en indiquant que des mesures « *ne peuvent être imposées ou maintenues que lorsqu'il a été constaté [...] qu'elles sont justifiées au regard de l'intérêt de la Communauté* », en expliquant que « *l'appréciation de l'intérêt communautaire requiert la mise en balance des intérêts des différentes parties concernées et de l'intérêt général* », et en précisant que « *l'article 21, paragraphe 1, dernière phrase, [du règlement de base] selon lequel les autorités peuvent renoncer à l'application de mesures lorsqu'elles "peuvent clairement conclure qu'il n'est pas dans l'intérêt de la Communauté" de les appliquer, oblige notamment la Commission à rendre transparente cette mise en*

¹⁷⁷ L'évocation de la condition d'intérêt de la Communauté dans certains arrêts du Tribunal ne fournit pas d'indication univoque quant au caractère positif ou négatif de cette condition. V., à cet égard : TPICE, 27 janvier 2000, *Bureau européen des unions de consommateurs (BEUC) c/ Commission*, aff. T-256/97, *Rec.* p. II-101 (pt 78) ; TPICE, 8 juillet 2003, *Euroalliages e.a. c/ Commission*, aff. T-132/01, préc. (pts 44, 45 et 48).

¹⁷⁸ Comm. eur., *The Community Interest in Anti-dumping Proceedings*, document non publié n'existant qu'en anglais, intitulé *Copy of the original guidelines sent to Commissioners, Member States and other interested parties in December 1996*. Mise à part l'actuel projet de la Commission de nouvelles lignes directrices sur l'intérêt de l'Union (avril 2013), il n'existe à notre connaissance qu'un seul autre document sur la notion d'intérêt de la Communauté, également non publié, qui serait un *Clarification paper* de la Commission du 13 janvier 2006, intitulé *The Community interest test in anti-dumping and anti-subsidy proceedings*, utilisé et mis à jour continuellement par la Commission. Il s'agit d'un document interne servant de référence dans le processus décisionnel au sein des services en charge de la défense commerciale, non accessible dans le cadre de l'accès aux documents conformément au règlement (CE) n° 1049/2001. Dans ses lignes directrices *The Community Interest in Anti-dumping Proceedings*, la Commission explique que « *[l]es seules circonstances dans lesquelles le règlement de base reconnaît que des mesures peuvent ne pas être appropriées est lorsqu'une appréciation de tous les différents intérêts en cause, ainsi que de l'efficacité des mesures à restaurer une concurrence effective conduit à la conclusion claire que l'impact négatif de ces mesures sur l'économie dans son ensemble serait clairement disproportionnée par rapport aux objectifs fondamentaux poursuivis* ». Elle ajoute que, « *comme l'expose l'article 21 du règlement de base, des mesures peuvent ne pas être adoptées lorsque l'évaluation conclut que l'impact négatif probable des mesures serait clairement disproportionné par rapport aux avantages probables mesurés, i.e. lorsque l'imposition des mesures ne serait clairement pas dans l'intérêt de la Communauté* » (traduction libre du texte en anglais).

¹⁷⁹ Présenté par la Commission en avril 2013. Elle y indique que l'article 21 contient une présomption réfutable de nécessité des mesures. Le test pour réfuter cette présomption est élevé ; il faut que les autorités puissent clairement conclure qu'il n'est pas dans l'intérêt de l'Union d'appliquer les mesures envisagées.

balance des intérêts et à justifier ses conclusions »¹⁸⁰. Nonobstant cette mise en balance des intérêts en présence, la condition demeure négative en ce qu'il faut que les intérêts contraires à l'adoption des mesures l'emportent nettement sur ceux qui lui sont favorables. Enfin, l'application de la condition d'intérêt de l'Union avant d'accepter les engagements offerts demeure incertaine¹⁸¹.

2° La diversité des intérêts pris en compte au moyen de la clause d'intérêt de l'Union

35. La condition d'intérêt de l'Union permet la prise en considération d'intérêts variés – en plus de ceux de l'industrie concernée – ainsi que des possibles incidences négatives sur la concurrence de l'institution, ou du refus d'adoption, de mesures antidumping. L'article 21 du règlement de base indique que doivent être appréciés *« tous les intérêts en jeu pris dans leur ensemble, y compris ceux de l'industrie*

¹⁸⁰ TPICE, 8 juillet 2003, *Euroalliages e.a. c/ Commission*, aff. T-132/01, *Rec.* p. II-2359 (pts 44 & 48). Plus récemment, le Tribunal a indiqué qu'« [i]l résulte de l'article 21, paragraphe 1, deuxième et troisième phrases, [du règlement de base], que les institutions ont le droit de ne pas appliquer les mesures antidumping déterminées, même si les autres conditions pour l'imposition d'un droit antidumping sont réunies, à savoir le dumping, le préjudice et le lien de causalité, si elles considèrent que l'application de telles mesures n'est pas dans l'intérêt de la Communauté » (Trib.UE, 17 décembre 2010, *EWRIA e.a. c/ Commission*, aff. T-369/08, *Rec.* p. II-6283, pt 107). Ultérieurement, il a utilisé une formule plus neutre qui ne remet toutefois pas en cause le caractère négatif de la condition : *« l'examen de l'intérêt communautaire nécessite une évaluation des conséquences probables tant de l'application que de la non-application des mesures envisagées pour l'intérêt de l'industrie communautaire et pour les autres intérêts en jeu »* (Trib.UE, 25 octobre 2011, *Transnational Company "Kazchrome" AO e.a. c/ Conseil*, aff. T-192/08, *Rec.* p. II-7449, pt 224). En dernier lieu, il a indiqué que *« s'il est conclu à l'existence d'un dumping préjudiciable, des mesures antidumping doivent être imposées à moins que les intérêts allant à l'encontre d'une telle action prévalent nettement sur l'intérêt à l'élimination des effets de distorsions des échanges et à la restauration d'une concurrence effective »* (Trib.UE, 11 juillet 2013, *Hangzhou Duralamp Electronics Co., Ltd c/ Conseil*, aff. T-459/07, non encore publié au *Rec.*, pt 182).

¹⁸¹ Aucune des dispositions des quatre premiers règlements de base relatives aux engagements ne la prévoyait. Ce qui n'empêcha pas la Commission de l'appliquer (v., à cet égard, la décision n° 90/241/CEE de la Commission, du 22 mai 1990, portant acceptation des engagements offerts en rapport avec la procédure antidumping concernant les importations de certains albums photographiques originaires de Corée du Sud et de Hong-kong et portant clôture de l'enquête, *JOCE* L 138, 31 mai 1990, p. 48 ; spéc. paragraphe 44, et la décision n° 83/306/CEE de la Commission, du 16 juin 1983, portant acceptation d'engagements souscrits dans le cadre de la procédure anti-« dumping » concernant les importations de ferrochrome à faible teneur en carbone, originaires d'Afrique du Sud, de Suède, de Turquie et du Zimbabwe, et portant clôture de cette procédure, *JOCE* L 161, 21 juin 1983, p. 15 ; spéc. paragraphes 21 et 22). Les dispositions relatives aux engagements des règlements de base suivants, dont l'actuel, ne visent pas davantage cette condition. Les décisions récentes portant acceptation d'engagements, succinctement motivées, n'indiquent pas si une évaluation de l'intérêt de l'Union a été effectuée.

*nationale*¹⁸² et des utilisateurs et consommateurs¹⁸³ ». D'autres intérêts que ceux explicitement indiqués peuvent être considérés, tels que ceux de l'industrie en amont – les fournisseurs des matières premières pour l'industrie de l'Union – ou ceux des importateurs indépendants. En revanche, ne sont pas envisagés les intérêts des producteurs-exportateurs¹⁸⁴, ni ceux des travailleurs, représentés par leur syndicat, même si la situation de l'emploi est parfois mentionnée¹⁸⁵.

Dans le cadre de l'examen de l'intérêt de l'Union « *une attention particulière est accordée à la nécessité d'éliminer les effets de distorsion des échanges d'un dumping préjudiciable et de restaurer une concurrence effective* ». Par la première branche de cette directive énoncée à l'article 21, le règlement de base semble manifester une préférence pour les intérêts de l'industrie de l'Union. Cette préférence est confirmée par la suite de cette disposition, à propos de la balance des intérêts en présence qu'il s'agit d'effectuer, et qui ne conduira à une absence de protection de l'industrie de l'Union que si les mesures envisagées ne sont « *clairement* » pas dans l'intérêt de l'Union. Quant à la seconde branche de la directive précitée, son application paraît assimiler restauration d'une concurrence effective avec restauration d'une concurrence loyale ou équitable. Organisant une confrontation entre intérêts *a priori* contradictoires – les consommateurs et utilisateurs ont, à court terme tout au moins, intérêt au maintien des prix bas –, l'article 21 du règlement de base prévoit une règle de résolution du conflit entre intérêts opposés très favorable à l'un d'eux. En effet, non seulement une priorité est accordée à ceux de l'industrie de l'Union, mais la

¹⁸² Par *industrie nationale*, il faut comprendre l'industrie de l'Union. Cependant, lorsque l'industrie de l'Union est une industrie régionale, les règlements de base prévoient que la possibilité d'offrir des engagements de portée régionale doit être offerte aux exportateurs et que, dans un tel cas, « *au moment d'évaluer l'intérêt communautaire des mesures, une attention particulière doit être accordée à l'intérêt de la région* » (article 4, paragraphe 3, du règlement de base).

¹⁸³ Les intérêts de ces consommateurs sont, d'ailleurs, explicitement visés dans le préambule du règlement de base, au considérant n° 31.

¹⁸⁴ Ils ne « *sont pas couverts par l'analyse de l'intérêt de l'Union* » : v., par exemple, règlement d'exécution (UE) n° 54/2010 du Conseil, du 19 janvier 2010, instituant un droit antidumping définitif sur les importations d'éthanolamines originaires des États-Unis d'Amérique, *JOUE* L 17, 22 janvier 2010, p. 1 (paragraphe 98).

¹⁸⁵ Dans une résolution du 14 décembre 1990, le Parlement européen indiquait son souhait qu'une clause d'intérêt public, telle que celle de la législation de la Communauté européenne, soit insérée dans le Code antidumping, afin de « *faciliter une évaluation équilibrée de tous les intérêts en jeu* » et, notamment, « *de tenir compte de l'intérêt légitime des associations de consommateurs et des syndicats à participer de façon appropriée à la procédure* » (Parl. eur., *Résolution sur la politique antidumping de la Communauté européenne*, 14 décembre 1990, *JOCE* C 19, 28 janvier 1991, p. 633, point 4). On sait qu'aucune clause d'intérêt public ne fut introduite dans le Code de 1994 et, quant à la législation communautaire, ce vœu n'a pas été exaucé s'agissant des syndicats. Sans doute le risque serait qu'au corporatisme de l'industrie s'ajoute celui des travailleurs, défendant non l'intérêt général mais leurs intérêts spécifiques.

balance est déséquilibrée puisque les autres ne l'emportent que si, de leur examen, l'on peut « *clairement conclure qu'il n'est pas dans l'intérêt de la Communauté d'appliquer de telles mesures* ».

36. S'agissant de l'industrie de l'Union, l'analyse vise à s'assurer que l'institution de mesures sera effectivement dans son intérêt¹⁸⁶. Pour les autres parties intéressées, l'analyse vise principalement à évaluer l'incidence négative que les mesures pourraient avoir sur elles. Ainsi, il est procédé à l'évaluation de l'effet des mesures sur les importateurs indépendants¹⁸⁷, à l'examen de l'incidence pour les utilisateurs du produit concerné¹⁸⁸ de l'augmentation de son prix¹⁸⁹, et à l'étude d'une éventuelle compensation de cette hausse par d'autres avantages et des possibilités de répercussions sur leurs propres clients¹⁹⁰. Est également pris en compte l'intérêt que les utilisateurs peuvent avoir à conserver plusieurs fournisseurs (qu'il s'agisse des

¹⁸⁶ Les institutions s'intéressent à sa viabilité – conjoncturelle ou structurelle, actuelle et future – et à sa compétitivité et ses efforts à cet égard, et évaluent ses perspectives, à la suite de l'institution de mesures, de recouvrer une santé économique, d'améliorer sa situation, voire seulement de ralentir son déclin. S'il s'agit d'une prorogation de mesures, elles évaluent les profits retirés, à ces égards, des mesures appliquées et évaluent le bénéfice que l'industrie tirerait d'une telle prorogation. Dans tous les cas, elles examinent l'état passé, présent, et les perspectives de cette industrie. Elles apprécient si les mesures sont susceptibles d'éliminer le préjudice. Le cas échéant, elles soulignent l'intérêt stratégique de protéger une industrie qui se développe sur un nouveau marché. Généralement, l'examen conclut que l'institution des mesures est conforme à l'intérêt de l'industrie de l'Union. Il est rare, en effet, que les institutions estiment que l'adoption de mesures ne le serait pas. Par ailleurs, il est reconnu aux producteurs européens inefficients un intérêt légitime à la protection antidumping. La Cour a, en effet, rejeté l'argument selon lequel il ne serait pas dans l'intérêt de la Communauté de protéger de tels producteurs, estimant que le fait qu'ils éprouvent des difficultés dues également à des causes autres que le dumping n'est pas une raison pour les priver de protection : CJCE, 5 octobre 1988, *Canon Inc. e.a. c/ Conseil*, aff. jtes 277/85 et 300/85, *Rec.* p. 5371 (pt 63). Lorsque les intérêts des autres producteurs de l'Union que ceux constituant l'industrie plaignante sont examinés, l'objet de l'analyse est de déterminer s'ils ont des intérêts différents de ceux formant cette dernière : est établi soit une incidence négative, soit les effets bénéfiques des mesures envisagées. Lorsque les institutions s'intéressent aux intérêts des fournisseurs européens de matières premières à l'industrie de l'Union, elles évaluent si l'institution des mesures serait dans l'intérêt des fournisseurs européens de matières premières à l'industrie de l'Union ou, à tout le moins, non contraire à leurs intérêts ; une bonne situation de l'industrie de l'Union peut, en effet, leur être profitable.

¹⁸⁷ Notamment des possibilités de répercuter sur leurs clients, au moins partiellement, l'augmentation des coûts provoqués par les mesures, et/ou de se tourner vers d'autres sources d'approvisionnement – autres producteurs de l'Union et sources autres que les importations faisant l'objet d'un dumping. En cas de réduction des sources d'approvisionnement, l'émergence de nouvelles sources est considérée.

¹⁸⁸ Lorsque les utilisateurs appartiennent à des secteurs industriels différents, l'impact est analysé spécifiquement pour chacun de ces secteurs.

¹⁸⁹ Augmentation résultant des mesures antidumping, et incidence sur leurs coûts de production, leur compétitivité, une incidence globale limitée pouvant diluer un impact négatif réel pour certains utilisateurs.

¹⁹⁰ Dans ce dernier cas, les institutions prennent soin d'établir que la hausse de prix, « *susceptible de résulter de l'institution de mesures antidumping, ne serait pas disproportionnée par rapport au bénéfice que l'industrie de l'Union pourrait tirer de l'élimination des effets de distorsions des échanges causés par les importations faisant l'objet d'un dumping* » (règlement d'exécution (UE) n° 54/2010, préc., paragraphe 109).

importations en dumping que des mesures pourraient gêner, ou de la production de l'Union que l'absence de mesures mettrait en danger), pour des raisons de sécurité d'approvisionnement, de qualité et de sécurité alimentaire, et à profiter ainsi de la concurrence sur le marché concerné¹⁹¹. Enfin, lorsque les acheteurs des produits en cause sont des consommateurs finals, ou lorsque ces derniers sont indirectement concernés, les institutions vérifient si l'institution de mesure aurait un impact notable sur eux.

37. Outre ces intérêts spécifiques, la clause d'intérêt de l'Union prévoit que soit portée une attention particulière à la restauration d'une concurrence effective, ce qui implique de considérer la situation concurrentielle sur le marché intérieur¹⁹². La situation de la concurrence est examinée en s'intéressant, en particulier, au nombre de concurrents, à l'existence d'importations non effectuées en dumping, au caractère effectif de la concurrence (y compris l'existence de cartels ou d'abus de position dominante) ainsi qu'au climat d'investissement. Cette situation de la concurrence sur le marché¹⁹³ n'est explicitement envisagée que dans certaines affaires, dans le cadre de l'examen des intérêts des utilisateurs¹⁹⁴ ou séparément dans une section *ad hoc*¹⁹⁵. Les institutions s'intéressent au risque que les mesures provoquent une réduction de la concurrence sur le marché de l'Union, voire une absence de concurrence, compte

¹⁹¹ Le risque qu'en cas de disparition de l'industrie de l'Union ils deviennent dépendants, pour un produit stratégique, des producteurs d'un seul pays, est, le cas échéant, souligné.

¹⁹² V. Comm. eur., *The Community Interest in Anti-dumping Proceedings*, préc.

¹⁹³ Si la notion d'intérêt de l'Union paraît constituer la condition la plus adéquate par laquelle peuvent être pris en compte, dans la mise en œuvre de la législation antidumping, les préoccupations de la politique de concurrence, il est aussi possible, à l'instar de l'approche suivie par la Cour de justice dans l'affaire *Extramet*, (CJCE, 11 juin 1992, *Extramet Industries SA c/ Conseil*, aff. C-358/89, *Rec.* p. I-3813), que les questions de concurrence soient envisagées et traitées dans le cadre de l'évaluation du préjudice (précisément de l'évaluation des autres facteurs de préjudice que les importations en dumping). Une telle prise en considération d'éléments pertinents relatifs à la politique de concurrence à l'occasion de l'examen de l'intérêt de l'Union (alors intérêt de la Communauté) a été reconnue par l'avocat général VAN GERVEN dans l'affaire *Nölle* (conclusions du 4 juin 1991 sur CJCE, 22 octobre 1991, *Eugen Nölle c/ Hauptzollamt Bremen-Freihafen*, aff. C-16/90, *Rec.* p. I-5163), et par l'avocat général JACOBS dans l'affaire *Extramet* (conclusions sur CJCE, 11 juin 1992, *Extramet Industries SA c/ Conseil*, préc.). Sur l'ensemble de ces questions, arrêts, conclusions et leurs développements, v. *infra* partie II, titre II, chapitre I, section 2, § II, n° 482 et s.

¹⁹⁴ Intérêt au maintien « *des conditions équitables sur le marché de l'Union, où la concurrence effective sera renforcée* » (v., par exemple, règlement d'exécution (UE) n° 512/2010, *JOUE* L 150, 16 juin 2010, p. 24, paragraphe 94).

¹⁹⁵ Intitulée « *aspects de concurrence et effets de distorsion des échanges* » (v., par exemple, règlement (CE) n° 781/2003, *JOUE* L 283, 8 mai 2003, p. 16), ou « *effets de distorsion des conditions de concurrence et des échanges* » (v., par exemple, règlement d'exécution (UE) n° 511/2010, *JOUE* L 150, 16 juin 2010, p. 17) ou encore « *effets de distorsion des échanges et des conditions de concurrence* » (v., par exemple, règlement (CE) n° 1130/2008, *JOUE* L 306, 15 novembre 2008, p. 22).

tenu des sources d'approvisionnement qui persisteront après leur adoption et de l'évolution de leurs parts de marché respectives. Mais, inversement, elles se préoccupent aussi de la réduction de l'offre et de la concurrence qui résulterait d'une disparition de l'industrie de l'Union faute de mesure, en particulier lorsqu'il n'existe qu'un seul producteur européen¹⁹⁶. Elles examinent si les utilisateurs ou consommateurs du produit continueront à disposer d'un large choix de fournisseurs différents et s'il n'existe pas de risque de pénurie d'approvisionnement¹⁹⁷. Elles veillent aussi à ce que les mesures envisagées n'aient pas pour effet de fermer le marché de l'Union¹⁹⁸, soulignant itérativement que tel n'est pas leur objet. C'est, également, dans ce cadre d'analyse de la situation de la concurrence que des allégations de pratiques anticoncurrentielles de producteurs de l'industrie de l'Union peuvent être évaluées¹⁹⁹, que des pratiques anticoncurrentielles passées²⁰⁰, ou qu'un prétendu risque d'affectation de la structure du marché et de renforcement²⁰¹ ou d'apparition d'une position dominante²⁰², peuvent être prises en considération²⁰³. Lorsque le marché mondial se caractérise par un petit nombre de producteurs, le

¹⁹⁶ V. règlement d'exécution (UE) n° 492/2010, *JOUE* L 140, 8 juin 2010, p. 2 (paragraphe 141).

¹⁹⁷ Toutefois, « *le libre choix de la source d'approvisionnement ne peut en soi justifier l'acceptation de pratiques de dumping. La concurrence sur le marché de l'Union exige que tous les opérateurs soient placés sur un pied d'égalité* » ; règlement d'exécution (UE) n° 467/2010, préc. ; ici paragraphe 155.

¹⁹⁸ Règlement (CE) n° 781/2003, préc. (paragraphe 129-130).

¹⁹⁹ V., par exemple, le règlement (CE) n° 1212/2005 du Conseil, du 25 juillet 2005, instituant un droit antidumping définitif sur les importations de certaines pièces en fonte originaires de République populaire de Chine, *JOUE* L 199, 29 juillet 2005, p. 1 : une condamnation d'un producteur communautaire pour abus de position dominante par une autorité nationale de concurrence, portant sur une période passée sans rapport ni avec la période considérée ni avec le produit soumis à l'enquête, est sans incidence (paragraphe 142) ; v., également, les règlements (CE) n° 2352/95 (*JOCE* L 239, 7 octobre 1995, p. 4) et (CE) n° 600/96 (*JOCE* L 86, 4 avril 1996, p. 1), dans l'affaire de la coumarine chinoise (respectivement paragraphes 51-52 et 26-27).

²⁰⁰ V. notamment le règlement (CE) n° 348/2000 du Conseil, du 14 février 2000, instituant un droit antidumping définitif sur les importations de certains tubes et tuyaux sans soudure, en fer ou en acier non allié, originaires de Croatie et d'Ukraine et portant perception définitive du droit provisoire, *JOCE* L 45, 17 février 2000, p. 1 ; spéc. paragraphes 30 et 39. Le Conseil estime que, puisque les pratiques anticoncurrentielles avérées ont eu lieu au cours d'une période précédant celle considérée dans la procédure antidumping, « *il n'y a pas lieu de conclure que l'imposition de mesures antidumping aurait dans le futur un effet sur la concurrence dans ce marché* ».

²⁰¹ V., par exemple, règlement (CE) n° 435/2004 du Conseil, du 8 mars 2004, instituant un droit antidumping définitif et portant perception définitive du droit provisoire institué sur les importations de cyclamate de sodium originaire de la République populaire de Chine et de l'Indonésie, *JOUE* L 72, 11 mars 2004, p. 1 ; spéc. paragraphes 83 et 84.

²⁰² V., par exemple, règlement (CE) n° 552/2005 de la Commission, du 11 avril 2005, instituant un droit antidumping provisoire sur les importations de certaines briques de magnésie originaires de la République populaire de Chine, *JOUE* L 93, 12 avril 2005, p. 6 ; spéc. paragraphes 140-141.

²⁰³ Sur l'ensemble de ces questions relatives à des pratiques anticoncurrentielles pouvant faire obstacle à l'adoption de mesures antidumping, v. *infra* partie II, titre II, chapitre I, section 2, § II, n° 482 et s.

Conseil reconnaît que « *les aspects de concurrence doivent faire l'objet d'une attention particulière* »²⁰⁴.

38. Si les règlements d'application comportent désormais d'importants développements sur l'intérêt de l'Union, le poids accordé aux intérêts autres que ceux de l'industrie de l'Union reste insuffisant pour renverser l'assertion selon laquelle la législation antidumping protège les concurrents. De même, les trop rares attentions portées, en pratique, aux risques pour la concurrence²⁰⁵ ne suffisent pas à rendre la législation antidumping réellement soucieuse de sa préservation. En outre, la prise en compte des intérêts autres que ceux de l'industrie de l'Union permet seulement d'écarter l'adoption des mesures antidumping. La clause d'intérêt public n'est qu'un obstacle à la neutralisation du dumping préjudiciable²⁰⁶. Aucune atteinte portée, par les pratiques de dumping préjudiciable, à ces autres intérêts et/ou à la concurrence ne doit être établie. L'examen porte sur l'incidence des mesures antidumping envisagées, et non pas des pratiques de dumping, sur ces autres intérêts et sur la concurrence. Lorsque la situation de cette dernière est examinée, ce n'est pas son éventuelle altération par le dumping qui est prise en considération mais les possibles effets néfastes pour elle de l'institution ou de l'absence de mesures. Or, une législation soucieuse de protection de tous les intérêts en présence et de la concurrence devrait confier aux autorités compétentes l'obligation de s'assurer, avant toute intervention, de sa nécessité à leur égard, et non de l'absence de contrariété manifeste avec ces intérêts ou avec la concurrence. Dès lors, la clause d'intérêt public ne saurait être analysée comme une disposition susceptible de métamorphoser une législation antidumping consubstantiellement protectrice des concurrents européens en une législation protectrice de la concurrence et des consommateurs ou utilisateurs. Sa mise en œuvre réduit seulement, sans la supprimer, la coloration protectionniste de la législation antidumping.²⁰⁷

²⁰⁴ Règlement (CE) n° 769/2002, *JOCE* L 123, 9 mai 2002, p. 1 ; ici paragraphe 87.

²⁰⁵ Pour un exemple, v. règlement (CE) n° 435/2004, préc. ; spéc. paragraphes 83 et 84.

²⁰⁶ Le Conseil souligne que « *l'instrument antidumping a pour vocation première de contrebalancer les effets des pratiques commerciales déloyales* » ; v. règlement (CE) n° 930/2003, *JOUE* L 133, 29 mai 2003, p. 1 ; ici paragraphe 243.

²⁰⁷ Dans ce contexte, la position exprimée par le gouvernement britannique dans l'affaire *BEUC*, selon laquelle « *[l']objectif des droits antidumping serait, en définitive, de protéger non seulement les intérêts de l'industrie communautaire mais également ceux des consommateurs* », paraît à tout le moins excessive. Sauf à présumer que les utilisateurs et consommateurs finals bénéficieraient

§ II. La protection de la concurrence dans l'intérêt du consommateur par le droit antitrust

39. Si, dans la branche antitrust de la politique de concurrence de l'Union, l'exacte place de la promotion du bien-être du consommateur par rapport à la préservation du processus de concurrence demeure discutée²⁰⁸, les consommateurs paraissent clairement être les bénéficiaires ultimes des règles antitrust (A.). Quant aux intérêts des concurrents, s'ils ne sont pas ignorés et, au contraire, dans une certaine mesure pris en compte, toute déviation de la mise en œuvre du droit antitrust vers la protection des seuls concurrents doit être évitée (B.).

A. Une finalité ultime à atteindre : le bien-être du consommateur

40. La préservation de la concurrence, dans l'intérêt ultime du consommateur, est l'objectif premier du droit de la concurrence de l'Union, et notamment de sa branche antitrust, la seule véritablement pertinente dans la perspective d'une comparaison avec la législation antidumping (1°)²⁰⁹. Une particularité de ce droit, y compris de sa branche antitrust, doit, par ailleurs, être évoquée. Il se singularise par la poursuite d'un autre objectif plus large : l'intégration des marchés nationaux dans la perspective de la réalisation du marché intérieur, intégration des marchés qui renforce la concurrence au bénéfice des consommateurs (2°).

1° La préservation de la concurrence dans l'intérêt des consommateurs

41. Les règles de concurrence nécessaires au fonctionnement du marché intérieur, dont celles relatives aux ententes et abus de position dominante prévues aux

nécessairement, à long terme, de la protection de l'industrie de l'Union (TPICE, 27 janvier 2000, *BEUC c/ Commission*, aff. T-256/97, préc. ; v. pt 46 rapportant la position du gouvernement britannique). Mais une telle présomption ne saurait qu'être critiquée et serait, en pratique, souvent réfutée par une analyse des faits.

²⁰⁸ V., notamment, Hugues CALVET, « Abus de position dominante : plaidoyer pour le bien-être du consommateur », *RLC*, 2005/4, p. 131-138, et les Actes de la Journée européenne de la concurrence, 18-19 novembre 2008, Paris, publiés par la revue *Concurrences*, notamment ceux de la table ronde « Le consommateur et son bien-être au cœur de la mise en œuvre des règles de concurrence ».

²⁰⁹ Dans l'arrêt *Continental Can*, la Cour soulignait que « sur des plans différents, les articles 85 et 86 [désormais article 101 et 102 TFUE] tendent au même objet, à savoir le maintien d'une concurrence effective dans le marché commun » : CJCE, 21 février 1973, *Europemballage Corporation et Continental Can Company Inc. c/ Commission*, aff. 6/72, *Rec.* p. 215 (pt 25).

articles 101 et 102 TFUE, ont, selon la Cour de justice, « *pour objectif d'éviter que la concurrence ne soit faussée au détriment de l'intérêt général, des entreprises individuelles et des consommateurs, contribuant ainsi au bien-être dans l'Union* »²¹⁰. Elles visent « *à protéger non pas uniquement les intérêts des concurrents ou des consommateurs, mais la structure du marché et, ce faisant, la concurrence en tant que telle* »²¹¹. Les ententes anticoncurrentielles sont interdites car elles heurtent « *la conception inhérente aux dispositions du traité CE relatives à la concurrence, selon laquelle tout opérateur économique doit déterminer de manière autonome la politique qu'il entend suivre sur le marché* », et visent ainsi « *toute forme de coordination qui substitue sciemment une coopération pratique entre entreprises aux risques de la concurrence* »²¹². De manière plus résumée, le législateur européen affirme que les articles 101 et 102 TFUE ont « *pour objectif de préserver la concurrence sur le marché* »²¹³.

Si la préservation du processus de concurrence apparaît comme l'objectif des règles antitrust, elle ne saurait toutefois constituer une fin en soi. Cet objectif n'est poursuivi qu'afin que le jeu de la concurrence préservé profite aux consommateurs²¹⁴.

²¹⁰ CJUE, 17 février 2011, *TeliaSonera Sverige AB*, aff. C-52/09, *Rec.* p. I-527 (pt 22) ; et v., antérieurement : CJCE, 22 octobre 2002, *Roquette Frères SA*, aff. C-94/00, *Rec.* p. I-9011 (pt 42) ; CJCE, 21 septembre 1989, *Hoechst c/ Commission*, aff. jtes 46/87 et 227/88, *Rec.* p. 2859 (pt 25), et CJCE, 26 juin 1980, *National Panasonic (UK) Ltd c/ Commission*, aff. 136/79, *Rec.* p. 2033.

²¹¹ CJCE, 4 juin 2009, *T-Mobile Netherlands BV e.a.*, aff. C-8/08, *Rec.* p. I-4529 (pt 38) et CJCE, 6 octobre 2009, *GlaxoSmithKline Services Unlimited c/ Commission*, aff. jtes C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/09 P et C-519/06 P, *Rec.* p. I-9291 (pt 64). Dans ce dernier arrêt, la Cour censure le Tribunal, lequel avait placé l'intérêt des consommateurs au centre de son analyse, en jugeant que « *l'objectif assigné à l'article 81, paragraphe 1, CE, [...] est d'éviter que des entreprises, en restreignant la concurrence entre elles ou avec des tiers, réduisent le bien-être du consommateur final des produits en cause* » (TPICE, 27 septembre 2006, *GlaxoSmithKline Services Unlimited c/ Commission*, aff. T-168/01, *Rec.* p. II-2969 (pt 118) ; la Cour de justice censure la subordination de l'existence de l'objet anticoncurrentiel à la preuve d'inconvénients pour les consommateurs (pt 64 : « *en subordonnant l'existence d'un objet anticoncurrentiel à la preuve que l'accord comporte des inconvénients pour les consommateurs finals et en ne concluant pas à l'existence d'un tel objet à l'égard dudit accord, le Tribunal a commis une erreur de droit* »).

²¹² V., notamment, CJCE, 20 novembre 2008, *Competition Authority c/ Beef Industry Development Society Ltd e.a.*, aff. C-209/07, *Rec.* p. I-8637 (pt 34).

²¹³ Considérant n° 9 du règlement (CE) n° 1/2003 du Conseil du 16 décembre 2002 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité, *JOCE* L 1, 4 janvier 2003, p. 1.

La cohérence entre les articles 101 et 102 TFUE (anciennement articles 81 et 82 CE), qui « *ont tous deux pour objectif le maintien d'une concurrence effective sur le marché* », justifie l'impossible exemption des accords restrictifs qui constituent des abus de position dominante : v. Comm. eur., *Lignes directrices sur les restrictions verticales*, *JOUE* C 130, 19 mai 2010, p. 1 (paragraphe 127).

²¹⁴ Selon le professeur Louis VOGEL, « *on ne peut pas dire que le droit de la concurrence ait pour objet direct la protection des consommateurs. Ce que protège le droit de la concurrence, c'est la concurrence perçue comme mécanisme d'allocation des ressources rares dans l'économie, ou encore l'efficacité économique conçue comme la finalité dernière que la concurrence devrait avoir. En tant*

Ainsi la Commission explique-t-elle que « *les règles communautaires de concurrence visent à protéger la concurrence sur le marché comme moyen d'accroître le bien-être du consommateur et à assurer une répartition efficace des ressources* »²¹⁵. Le principal objectif de la politique de concurrence est l'optimisation du bien-être des consommateurs et les préoccupations de ces derniers sont au cœur des activités des autorités de concurrence. Les consommateurs apparaissent, par conséquent, comme les bénéficiaires finals, véritablement ultimes, de règles de concurrence visant à empêcher que la concurrence soit faussée et à préserver le jeu de la concurrence. La notion de consommateurs s'entend ici au sens large. Elle englobe tous les utilisateurs directs ou indirects du produit ou service en cause, dont les consommateurs finals. De même, leur bien-être est conçu largement. Il ne s'agit pas seulement du bénéfice de prix moins élevés, mais aussi de la jouissance de produits et services d'une qualité meilleure et d'un choix plus vaste et innovant²¹⁶.

42. En matière de prohibition des ententes, la Commission souligne que la préservation de la concurrence est « *l'objectif premier de la politique de concurrence*

*que bénéficiaire du jeu de la concurrence, le consommateur apparaît plus comme une sorte de passager clandestin ou selon la formule du professeur Bienaymé, "comme un sujet fantomatique" » (« intervention », in : « Ateliers de réflexion sur la concurrence – 19 octobre 1995 – L'intérêt du consommateur dans l'application du droit de la concurrence », *Rev. conc. consom.*, n° 90, 1996, n° 90, p. 8-46, p. 41 ; également, Louis VOGEL, *Traité de droit des affaires G. RIPERT et R. ROBLOT*, Michel GERMAIN (dir.), tome 1, vol. 1, *Du droit commercial au droit économique*, 19^{ème} éd., Paris, LGDJ, 2010, 1242 p. ; ici p. 850 : « *Le droit antitrust a bien pour finalité d'augmenter le surplus global au bénéfice des consommateurs : il leur profite, plus qu'il ne les protège* ». Le professeur Alain BIENAYMÉ oppose, en effet, le droit de la consommation, dont le consommateur est le principal sujet, et le droit de la concurrence, pour lequel « *tel le Commandeur, [il] figure le sujet central mais fantomatique* » (« La problématique du Sujet », in : « Ateliers de réflexion sur la concurrence – 19 octobre 1995 – L'intérêt du consommateur dans l'application du droit de la concurrence », préc., p. 9-30 ; ici p. 27).*

²¹⁵ Comm. eur., *Lignes directrices concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3, du traité*, JOCE C 101, 27 avril 2004, p. 97 (paragraphe 33) ; v., aussi, paragraphe 13 : « *L'article 81, paragraphe 1, a pour objectif de préserver la concurrence sur le marché afin d'accroître le bien-être du consommateur et d'assurer une répartition efficace des ressources* ».

²¹⁶ V., à ces deux égards, respectivement la note n° 2 sous le paragraphe 29 et le paragraphe 5 des *Orientations sur les priorités retenues par la Commission pour l'application de l'article 82 du traité CE aux pratiques d'éviction abusives des entreprises dominantes*, JOUE C 45 du 24 février 2009, p. 7. V., également, les « Propos introductifs » de Bruno LASSERRE, in : « *Le consommateur et son bien-être au cœur de la mise en œuvre des règles de concurrence* », Journée européenne de la concurrence, Paris, 18 novembre 2008, Actes de la conférence publiés par la revue *Concurrences*, spéc. p. 21 (paragraphe 2). Sur la notion de *consommateurs*, v., encore, Comm. eur., *Lignes directrices concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3, du traité*, préc. (paragraphe 84) : « *la notion de 'consommateur' englobe tous les utilisateurs, directs ou indirects, des produits couverts par l'accord, y compris les producteurs qui utilisent les produits pour transformation, les grossistes, les détaillants et les consommateurs finals, c'est-à-dire les personnes physiques qui agissent à des fins étrangères à leur activité professionnelle ou commerciale* ».

communautaire [...], car elle améliore le bien être des consommateurs et entraîne une répartition efficace des ressources »²¹⁷. Dans le cadre de l'approche économique mise en place en matière d'ententes depuis la fin des années 1990, l'accent est mis sur la capacité d'une entente à produire des effets négatifs sur le marché au préjudice des consommateurs, que ces effets soient constatés dans le cadre d'une recherche de l'effet anticoncurrentiel ou qu'ils soient présumés dans le cadre du constat d'un objet anticoncurrentiel²¹⁸. L'affirmation et l'extension du champ de l'objet anticoncurrentiel par plusieurs arrêts récents de la Cour de justice²¹⁹ ne remettent pas nécessairement en cause cette approche centrée sur le bien-être du consommateur. Si le degré suffisant de nocivité à l'égard de la concurrence, qui permet de constater l'objet anticoncurrentiel et dispense d'en examiner les effets, est examiné au regard du test du bien-être du consommateur, le « *retour de l'objet anticoncurrentiel* »²²⁰ n'a pour conséquence qu'un allègement de la charge de la preuve au profit des autorités de concurrence. Il ne provoque pas un retour à l'approche formelle si la conception retenue du « *bon fonctionnement du jeu normal de la concurrence* » demeure la promotion du bien-être du consommateur et qu'à cette fin est conduite une analyse économique de l'objet – et non pas seulement un examen juridique²²¹.

²¹⁷ Comm. eur., *Lignes directrices sur les restrictions verticales* (2000), JOCE C 291, 13 octobre 2000, p. 1 (paragraphe 7) ; v., auparavant, Comm. eur., *Communication de la Commission sur l'application des règles de concurrence communautaires aux restrictions verticales (suivi du Livre vert sur les restrictions verticales)*, JOCE C 365, 26 novembre 1998, p. 3 (spéc. p. 4). Les nouvelles lignes directrices sur les restrictions verticales adoptées en 2010 (JOUE L 130, 19 mai 2010, p. 1) reprennent cette perspective : « *l'article 101 vise à éviter que les entreprises ne recourent à des accords [...] pour restreindre la concurrence sur le marché, au détriment des consommateurs* » (paragraphe 7).

²¹⁸ La Commission explique dans ses lignes directrices sur les exemptions que « *les accords ayant pour objet de restreindre le jeu de la concurrence sont ceux qui, par nature, ont la capacité de le faire. Il s'agit de restrictions qui, au regard des objectifs poursuivis par les règles communautaires de concurrence, sont tellement susceptibles d'avoir des effets négatifs sur la concurrence, qu'il est inutile, aux fins de l'application de l'article 81, paragraphe 1, de démontrer qu'elles ont des effets concrets sur le marché* ». Ces restrictions aboutissent « *à une mauvaise répartition des ressources* » et « *provoquent aussi une réduction du bien-être des consommateurs* » (Comm. eur., *Lignes directrices concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3, du traité*, préc., paragraphe 21).

²¹⁹ Affirmation que l'objet anticoncurrentiel ne se limite pas aux ententes injustifiables et aux restrictions caractérisées et que l'accord a un objet anticoncurrentiel du seul fait que les entreprises ne se déterminent pas de manière autonome sur le marché : CJCE, 20 novembre 2008, *Competition Authority c/ Beef Industry Development Society Ltd e.a.*, aff. C-209/07, Rec. p. I-8637 (pts 21 et 34). Extension à l'échange d'information : CJCE, 4 juin 2009, *T-Mobile Netherlands BV*, aff. C-8/08, Rec. p. I-4529 (pt 41).

²²⁰ Laurence IDOT, « Le retour de l'objet anticoncurrentiel... », *Concurrences*, n° 4-2009, p. 1-2.

²²¹ V., à cet égard, Edith LOOZEN, « The application of a more economic approach to restrictions by object : No revolution after all (T-Mobile Netherlands (C-8/08)) », *ECLR*, 2010, p. 146-150.

43. L'intérêt des consommateurs est par ailleurs central dans les processus de dérogations à la prohibition de l'article 101, paragraphe 1, TFUE, qu'il s'agisse de l'exemption par catégorie au moyen de règlements ou de l'exception légale appliquée par les autorités de concurrence et les juridictions nationales. La mise en balance des effets pro- et anticoncurrentiels d'une restriction dans le cadre du paragraphe 3 de l'article 101 TFUE ne peut être positif que si l'accord restrictif de concurrence réserve « *aux utilisateurs une partie équitable du profit qui en résulte* »²²². Leurs intérêts, ainsi que la concurrence elle-même, sont enfin protégés par la quatrième condition du paragraphe 3 selon laquelle l'exemption ne peut être accordée lorsque l'accord donne aux entreprises « *la possibilité, pour une partie substantielle des produits en cause, d'éliminer la concurrence* »²²³. Cette élimination, si elle concerne en premier lieu l'existence des concurrents ou de la compétition entre eux, est avant tout considérée contraire au bien-être des consommateurs.

44. Appliquée à la prohibition de l'exploitation abusive de position dominante, l'objectif de préservation de la concurrence implique que cette proscription vise « *non seulement les pratiques susceptibles de causer un préjudice immédiat aux consommateurs [...] mais également celles qui leur causent préjudice en portant atteinte à une structure de concurrence effective* »²²⁴, « *qui leur causent préjudice en portant atteinte au jeu de la concurrence* »²²⁵. Depuis la reconnaissance du caractère bicéphale de la notion d'abus dans l'arrêt *Continental Can*, la prohibition de

²²² C'est un intérêt du consommateur au sens large qui est alors considéré, parfois comme indice d'une meilleure efficacité économique, parfois confondu avec l'intérêt général. Louis VOGEL écrit, en effet, qu'on constate à travers les décisions d'exemption de la Commission que « *soit [l'intérêt du consommateur] n'est qu'un indice de la contribution d'une pratique à l'efficacité : c'est le cas de la baisse des prix entraînée par l'entente du fait de la diminution des coûts enregistrés par les entreprises [...] soit [...] l'intérêt du consommateur est appréhendé directement en tant qu'externalité (exemple, amélioration de la sécurité des produits, défense de l'environnement)* » : Louis VOGEL, intervention lors des Ateliers de réflexion sur la Concurrence, 19 octobre 1995, *L'intérêt du consommateur dans l'application du droit de la concurrence*, préc. ; ici p. 43.

²²³ Par la quatrième condition à l'exemption énoncée à l'article 101, paragraphe 3, « *priorité est donnée à la protection de la rivalité et du processus concurrentiel à long terme sur les gains d'efficacité potentiellement proconcurrentiels* », car « *l'objectif ultime de l'article 81 consiste à préserver le jeu de la concurrence* » ; en effet, la rivalité est « *un moteur indispensable à l'efficacité économique* » et l'élimination de la concurrence conduit « *à une mauvaise affectation des ressources, à une diminution de l'innovation et à une augmentation des prix* », préjudiciables aux consommateurs (Comm. eur., *Lignes directrices concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3, du traité*, préc. ; paragraphe 106).

²²⁴ CJCE, 21 février 1973, *Europemballage Corporation et Continental Can Company Inc. c/ Commission*, aff. 6/72, préc. (pt 26).

²²⁵ CJUE, 17 février 2011, *TeliaSonera Sverige AB*, aff. C-52/09, préc. (pt. 24) et CJUE, 27 mars 2012, *Post Danmark A/S*, aff. C-209/10, non encore publié au *Rec.* (pt 20).

l'exploitation abusive de position dominante englobe non seulement les abus d'exploitation, mais aussi les abus d'exclusion. Ainsi la finalité de l'article 102 TFUE n'est-elle pas uniquement de protéger directement le bien-être des consommateurs²²⁶, mais également de sauvegarder le processus concurrentiel au bénéfice final, indirect, de ces derniers. Cette approche est celle exposée par la Commission européenne dans ses *Orientations sur les pratiques d'éviction abusives*²²⁷. Adoptées à la suite d'un débat²²⁸ sur l'application de l'article 102 TFUE et d'une réflexion entreprise par la Commission européenne²²⁹, ces orientations consacrent l'approche par les effets en

²²⁶ Ce que réaliserait la sanction des abus d'exploitation. Ceux-ci pressurent les clients ou fournisseurs, mais aussi les consommateurs finals, plus généralement les utilisateurs, et permettent l'obtention d'avantages qui ne pourraient être accaparés en l'absence de domination. L'imposition de prix excessifs ou de conditions inéquitables, les ventes liées et certaines pratiques discriminatoires sont autant de situations d'exploitation. Un risque de prohibition de la seule existence d'une position dominante est inhérent à la sanction de cette catégorie d'abus. Lorsqu'une pratique de prix inéquitables ou excessifs est constatée, le niveau de prix atteint devrait attirer de nouveaux concurrents sur le marché. La défaillance des concurrents éventuels est, alors, un indice de la fermeture du marché et d'une structure du marché altérée par la présence ou le comportement de l'opérateur dominant. Sous le couvert de la protection des clients et fournisseurs, c'est, finalement, une structure de concurrence effective, une concurrence praticable, facteur de bien-être économique, qui est recherchée. Certes, parfois, lorsque les comportements abusifs exploitent directement les consommateurs, « *les abus commis ne portent pas, à proprement parler, atteinte à la concurrence sur le marché en cause* » (André DECOCQ et Georges DECOCQ, *Droit de la concurrence – Droit interne et droit de l'Union européenne*, 5^{ème} éd., Paris, Lextenso éditions, LGDJ, 2012, 650 p. ; ici p. 405). S'appuyant sur l'arrêt *Continental Can*, la Commission a rejeté l'argument selon lequel la protection des consommateurs ne pourrait qu'être indirecte et l'assertion selon laquelle le caractère abusif d'un comportement impliquerait, en premier lieu, l'affectation de la concurrence au détriment des concurrents (décision n° 2000/12/CE de la Commission, du 20 juillet 1999, relative à une procédure d'application de l'article 82 du traité CE et de l'article 54 de l'accord EEE (IV/36.888 – *Coupe du monde de football 1998*), *JOCE* L 5, 8 janvier 2000, p. 55 ; spéc. paragraphe 100). Cependant, les pratiques sanctionnées sont, en fait, celles qui ne pourraient être mises en œuvre si une concurrence suffisante régnait sur le marché.

²²⁷ Comm. eur., *Orientations sur les pratiques d'éviction abusives*, préc. (paragraphe 5 et 6). V. également l'exposé de cette approche par Anne-Lise SIBONY, « Article 82 CE – Lignes directrices – La commission européenne publie un guide de mise en œuvre de l'article 82 CE intégrant l'analyse économique à la qualification d'abus de position dominante », *Concurrences*, n° 1-2009, p. 118-121 ; spéc. p. 119.

²²⁸ V., notamment : Claus-Dieter EHLERMANN et Isabela ATANASIU (éds.), *European competition law annual 2003, What is an Abuse of a Dominant Position?*, Oxford, Hart Publishing, 2006, 671 p. ; Damien GÉRADIN (éd.), *GCLC Research Papers on Articles 82*, Global Competition Law Center, juillet 2005, 216 p. ; les contributions de Damien GÉRADIN, Emil PAULIS, Édouard SARRAZIN, Anne WACHSMANN, Rita WEZENBEEK et Richard WHISH dans « Tendances, Quelle réforme pour l'article 82 CE ? », *Concurrences*, n° 4-2005, p. 10-19 ; DGCCRF, *Atelier de la concurrence du 19 octobre 2005 : La réforme de l'article 82 du traité CE*, présidé par Anne WACHSMANN et Patrick REY, *Rev. conc. consom.*, 2006, n° 146 ; Hugues CALVET, « Abus de position dominante : plaidoyer pour le bien-être du consommateur », *RLC*, 2005/4, p. 131-138 ; Frédéric JENNY, « Abus de position dominante et modernisation de l'article 82 du traité CE », p. 281-320, in : *Le nouveau droit communautaire de la concurrence*, François BRUNET et Guy CANIVET (dir.), LGDJ, Paris, 2008, 723 p.

²²⁹ Dans un premier temps, par un rapport d'économistes : *Report by the Economic Advisory Group for Competition Policy (EAGCP)*, « An economic approach to Article 82 », ss. coordination P. REY, juillet 2005, disponible sur le site Internet de la Commission européenne, commandé par l'économiste

matière d'abus d'éviction²³⁰. Seule l'éviction préjudiciable aux consommateurs, appelée « éviction anticoncurrentielle », doit être appréhendée. L'effet défavorable sur les consommateurs de l'éviction de concurrents aussi efficaces²³¹ que l'entreprise dominante peut résulter, notamment, de prix plus élevés que ceux qui auraient autrement été appliqués, d'une limitation de la qualité, d'une réduction du choix et de freins à l'innovation. Selon les orientations, l'approche dite économique de la Commission devrait être fondée sur les effets réels ou prévisibles des comportements abusifs présumés, axée sur le préjudice aux consommateurs et centrée sur la sanction des pratiques d'éviction « *les plus préjudiciables aux consommateurs* ». La tendance plus formaliste qui a pu être reprochée à la pratique décisionnelle de la Commission devrait ainsi être abandonnée. La jurisprudence récente appuie et soutient cette tendance. La Cour de justice, adhérant clairement à l'approche par les effets en matière d'abus d'éviction et intégrant le critère du concurrent aussi efficace, souligne que l'effet d'obstacle au maintien du degré de concurrence existant sur le marché ou

en chef de la DG concurrence ; dans un second temps, par un document de réflexion de la DG concurrence suivi d'une consultation publique : *DG Competition discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses*, décembre 2005. V., commentant ce document de réflexion, notamment : Victoria MERTIKOPOULOU, « DG Competition's Discussion Paper on the Application of Article 82 EC to Exclusionary Abuses: the Proposed Economic Reform from a Legal Point of View », *ECLR*, 2007, p. 241-251 ; Claus-Dieter EHLERMANN, « Le projet de Lignes Directrices sur l'application de l'article 82 CE », *Concurrences*, n° 2-2006, p. 1-2 ; Alexandre VANDENCASTEEL et Denis WAELBROECK, « Une nouvelle approche à l'égard des abus de monopolisation ?, Quelques commentaires à propos du document de travail de la Commission européenne relatif à l'application de l'article 82 aux abus de monopolisation », *RIDE*, 2006, p. 87-121.

²³⁰ V., parmi les commentaires sur ces orientations : Derek RIDYARD, « The European Commission's Article 82 Guidelines: Some Reflections on the Economic Issues », *ECLR*, 2009, p. 230-236 ; Anne-Sophie CHONÉ, « Premiers regards sur les orientations de la Commission par l'application de l'article 82 CE aux pratiques d'éviction », *Europe*, 3/2009, étude n° 3, p. 4-7 ; Anne-Lise SIBONY, « Article 82 CE – Lignes directrices – La commission européenne publie un guide de mise en œuvre de l'article 82 CE intégrant l'analyse économique à la qualification d'abus de position dominante », préc. ; Francesco ROSATI, « The EU Commission's Guidance on exclusionary abuses : A step forward or a missed opportunity ? », *Concurrences*, n° 2-2009, p. 9-13 ; Christian MONTET, « Appliquer l'article 82 CE aux évictions abusives : la Commission donne ses orientations », *RLC*, 2009/19, p. 118-120 ; Laurence IDOT, chronique « Droit de la concurrence », « Adoption par la Commission d'un premier texte à portée générale sur l'interprétation de l'article 82 CE », *RDC*, 2009/2, p. 555-561.

²³¹ Cependant, la Commission reconnaît que, pour déterminer si un comportement produit une éviction anticoncurrentielle, la situation d'un concurrent moins efficace peut aussi être pertinente (*ibid.*, paragraphe 23), répondant ainsi aux critiques du test du concurrent aussi efficace. En effet, l'exclusion d'un concurrent moins efficace peut aussi causer un préjudice aux consommateurs (v., à cet égard, Barry HAWK, « À propos de la "concurrence par les mérites" : regards croisés sur l'article 82 CE et la section 2 du Sherman Act », *Concurrences*, n° 3-2005, p. 33-41 ; spéc. p. 38).

au développement de cette concurrence, par l'éviction des concurrents aussi efficaces que l'entreprise dominante, est préjudiciable aux consommateurs²³².

45. L'intérêt des consommateurs apparaît également dans la justification de comportements *a priori* abusifs. La faculté de justification est généralisée par les *Orientations sur les pratiques d'éviction abusives*²³³ : soit le comportement en cause « *est objectivement nécessaire et proportionné* » en raison de « *facteurs extérieurs à l'entreprise dominante* », tels que des « *raisons touchant à la santé ou à la sécurité liées au produit considéré* », autrement dit d'intérêts qui, sans être confondus avec ceux des consommateurs, y sont fortement liés ; soit « *il produit des gains d'efficacité substantiels qui l'emportent sur les effets anticoncurrentiels produits sur les consommateurs* », sans éliminer une concurrence effective²³⁴. Dans ce second cas, inspiré du mécanisme d'exemption de l'article 101, paragraphe 3, TFUE, la justification est possible si les gains d'efficacité sont suffisants pour que les consommateurs ne subissent pas de préjudice net²³⁵. Le recours à la théorie des efficacités, par la preuve que les gains d'efficacité excèdent les effets anticoncurrentiels, permet de vérifier que la pratique *a priori* abusive est *in fine* bénéfique aux consommateurs.

2° Le renforcement de la concurrence par l'intégration des marchés

46. L'originalité de la politique de concurrence de l'Union européenne par rapport à ses consœurs étrangères est de ne pas avoir pour unique finalité la promotion d'une concurrence effective dans l'intérêt des consommateurs. Elle poursuit également un objectif d'intégration des marchés. L'Union « *établit un marché intérieur* »²³⁶ lequel « *comprend un système garantissant que la concurrence n'est pas faussée* »²³⁷. Si la préservation de la concurrence est « *l'objectif premier de la politique de concurrence*

²³² CJUE, 27 mars 2012, *Post Danmark A/S*, aff. C-209/10, préc. (pts 24-25).

²³³ Anne-Sophie CHONÉ, « Premiers regards sur les orientations de la Commission par l'application de l'article 82 CE aux pratiques d'éviction », préc. ; spéc. p. 6.

²³⁴ Comm. eur., *Orientations sur les pratiques d'éviction abusives*, préc. (paragraphe 28 et 29).

²³⁵ *Ibid.* (paragraphe 30).

²³⁶ Article 3, paragraphe 3, TUE, consacré aux finalités (ou objectifs) de l'Union européenne.

²³⁷ *Protocole n° 27 sur le marché intérieur et la concurrence*, annexé aux TUE et TFUE (*JOUE* C 83, 30 mars 2010, p. 309). Sur la place de la politique de concurrence suite au traité de Lisbonne, v. Actes du colloque *La place du droit de la concurrence dans le futur ordre juridique communautaire*, Bruxelles, 8 novembre 2007, *Concurrences*, n° 1-2008, p. 78-104 ; v. également Nikolaos E. FARANTOURIS, « La "fin" de la concurrence non faussée après le traité réformateur », *RMCUE*, 2009, p. 41-47.

communautaire », l'intégration des marchés est un « *second objectif important à prendre en considération dans l'appréciation des problèmes de concurrence* »²³⁸. Ces deux objectifs sont liés²³⁹.

En matière d'ententes anticoncurrentielles, la Cour de justice a ainsi considéré que des accords visant à interdire ou limiter le commerce parallèle « *ont pour objet d'empêcher la concurrence* »²⁴⁰. Elle estime que les accords « *visant à cloisonner les marchés nationaux selon les frontières nationales ou rendant plus difficile l'interpénétration des marchés nationaux* » ont « *pour objet de restreindre la concurrence* »²⁴¹. En matière d'abus de position dominante, outre les pratiques d'éviction²⁴² et celles d'exploitation, peuvent également enfreindre l'article 102

²³⁸ Comm. eur., *Communication sur l'application des règles de concurrence communautaires aux restrictions verticales (suivi du Livre vert sur les restrictions verticales)*, préc. (v. p. 4). Pourtant, la Cour de justice avait, très tôt, pour souligner que « *le droit communautaire et le droit national en matière d'ententes considèrent celles-ci sous des aspects différents* », indiqué qu'avec le régime de prohibition/exemption des ententes le traité CEE visait « *en premier lieu, à éliminer les entraves à la libre circulation des marchandises dans le marché commun et à affirmer et sauvegarder l'unité de ce marché* » (CJCE, 13 février 1969, *Walt Wilhelm e.a. c/ Bundeskartellamt*, aff. 14/68, *Rec.* p. 1, pts 3 et 5). En effet, la lutte contre le cloisonnement des marchés était, historiquement, la première finalité de la politique communautaire de concurrence (v. Laurence IDOT, « Commerce parallèle des médicaments et abus de position dominante », *Europe*, 11/2008, p. 39-40).

²³⁹ La Commission lie les deux objectifs en expliquant que « *la création d'un marché intérieur constitue l'un des objectifs fondamentaux de la politique de concurrence communautaire* » (Comm. eur., *Livre vert, La politique de concurrence communautaire et les restrictions verticales*, COM (96) 721 final, paragraphe 1), « *un objectif complémentaire* » de cette dernière (Comm. eur., *Lignes directrices sur les restrictions verticales*, JOCE C 291, 13 octobre 2000, p. 1, paragraphe 7). La Commission remarque qu'elle « *est la seule autorité de contrôle de la concurrence au monde à poursuivre un objectif d'intégration des marchés tout en veillant à ce que la concurrence ne soit pas faussée* » (Comm. eur., *Livre vert, La politique de concurrence communautaire et les restrictions verticales*, préc., paragraphe 30). Si « *on a longtemps pensé que les règles communautaires de concurrence servaient deux objectifs distincts, la promotion de la concurrence et l'intégration des marchés nationaux par la réalisation du marché intérieur* », et si l'« *on a même pu penser que l'intégration des économies nationales constituaient l'objectif majeur des règles de la concurrence* », les lignes directrices relatives aux exemptions semblent entériner « *une évolution qui était perceptible, en prônant la synthèse des deux objectifs* » (Jean-Bernard BLAISE et Laurence IDOT, « Concurrence, Mise en œuvre des articles 81 et 82 CE (1^{er} avril 2003 – 30 septembre 2004) », *chron., RTD eur.*, 2005, p. 132-223 ; ici p. 131) : concurrence et intégration servent l'objectif de bien-être des consommateurs et de répartition efficace des richesses (Comm. eur., *Lignes directrices concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3 du traité*, préc., paragraphe 13).

²⁴⁰ CJCE, 6 octobre 2009, *GlaxoSmithKline Services Unlimited c/ Commission*, aff. jtes C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/09 P et C-519/06 P, préc. (pt 59).

²⁴¹ *Ibid.*, pt 61 ; v., également, CJCE, 16 septembre 2008, *Sot. Lélos kai Sia EE e.a./GlaxoSmithKline*, aff. jtes C-468/06 à C-478/06, *Rec.* p. I-7139 (pt 65). Les nouvelles lignes directrices sur les restrictions verticales expliquent que, outre qu'il vise à éviter les restrictions de concurrence au détriment des consommateurs, « *[l']examen des restrictions verticales est aussi important dans le contexte de l'objectif plus large d'un marché intérieur intégré. L'intégration des marchés renforce la concurrence dans l'Union européenne* » (Comm. eur., *Lignes directrices sur les restrictions verticales* (2010), préc., paragraphe 7).

²⁴² À propos desquelles, dans ses *Orientations sur les pratiques d'éviction abusives*, préc., la Commission souligne l'importance de l'article 102 TFUE « *dans le contexte de l'objectif plus vaste d'un marché intérieur* » (paragraphe 1).

TFUE des pratiques « *de nature à compromettre la réalisation d'un marché intérieur intégré* »²⁴³, notamment des pratiques « *visant à éviter toutes exportations parallèles d'un État membre vers d'autres États membres qui, en cloisonnant les marchés nationaux, neutralisent les avantages d'une concurrence efficace en termes d'approvisionnement et de prix que ces exportations procureraient aux consommateurs finals dans ces autres États* »²⁴⁴.

B. Une déviation néfaste à éviter : la protection des seuls concurrents

47. Si la préservation du processus de concurrence à laquelle contribuent les prohibitions des pratiques anticoncurrentielles est bénéfique aux consommateurs, les participants au jeu concurrentiel sont en premier lieu des entreprises. C'est entre les acteurs économiques du marché considéré, dont les concurrents, que la concurrence doit être libre et non faussée. Entre les concurrents, la rivalité et le processus concurrentiels doivent être à l'abri des pratiques anticoncurrentielles. De manière unanime, les autorités de concurrence des pays de l'OCDE considèrent que le but de la politique de concurrence est de protéger la concurrence et non pas les concurrents²⁴⁵. Un risque existe, toutefois, que le droit antitrust n'assure dans certains cas que la protection des concurrents des auteurs des pratiques anticoncurrentielles prohibées. Il dévierait ainsi de sa finalité normale. Une telle déviation devrait être évitée. Ce risque de déviation peut être évalué en examinant la place des concurrents dans la prohibition des ententes d'une part (1°), et dans l'interdiction de l'exploitation abusive de position dominante d'autre part (2°).

1° La place des concurrents dans la prohibition des ententes

48. Dès lors que l'article 101 TFUE protège « *la structure du marché et, ce faisant, la concurrence en tant que telle* »²⁴⁶, et qu'il n'est pas nécessaire que les accords

²⁴³ Comm. eur., *Orientations sur les pratiques d'éviction abusives*, préc., paragraphe 7.

²⁴⁴ CJCE, 16 septembre 2008, *Sot. Lélos kai Sia EE e.a. c/ GlaxoSmithKline*, préc. (pt 66), pratiques que la Cour estime être visées par l'article 102 TFUE à la lumière de l'objectif du traité « *visant à réaliser l'intégration des marchés nationaux par l'établissement d'un marché unique* » et de « *celui visant à assurer que la concurrence n'est pas faussée dans le marché intérieur* » (pt 66).

²⁴⁵ OCDE, *Qu'est-ce que la concurrence par les mérites*, octobre 2006.

²⁴⁶ CJCE, 4 juin 2009, *T-Mobile Netherlands BV*, aff. C-8/08, préc. (pt 38), et 6 octobre 2009, *GlaxoSmithKline Services Unlimited c/ Commission*, aff. jtes C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/09 P et C-519/06 P, préc. (pt 63).

privent les consommateurs de certains avantages²⁴⁷, un risque d'application de cet article dans l'intérêt des concurrents ne peut être exclu. La prohibition des ententes vise non seulement les restrictions de concurrence entre les parties à la collusion²⁴⁸ (concurrence interne) mais aussi les restrictions de la concurrence entre l'une ou l'ensemble des parties et des tiers (concurrence externe)²⁴⁹. Une conception de la prohibition limitée²⁵⁰ aux premières n'aurait permis d'attirer dans son champ d'application que les seuls accords horizontaux, conclus entre entreprises situées au même stade du processus de production ou de distribution. En limitant la liberté des tiers, l'accord vertical projette ses effets à l'extérieur de la sphère des parties. Ainsi, la restriction concerne le jeu de la concurrence entre entreprises concurrentes, soit directement (concurrence interne), soit indirectement (concurrence externe). Une entente peut également réduire le choix offert à d'autres tiers – les consommateurs ou utilisateurs du produit ou service en cause – et ainsi impacter indirectement la concurrence. Cette préoccupation pour la liberté des participants au jeu concurrentiel, dont l'approche ordo-libérale des institutions européennes faisait une fin en soi, a conduit à une approche formelle des clauses des accords en vue d'identifier si des restrictions étaient apportées aux comportements des parties ou des tiers. Critiquée pour l'absence ou l'insuffisante prise en compte de l'aspect économique, cette approche a été revue et en grande partie abandonnée à partir du Livre vert sur les restrictions verticales de 1996. Mais, quels que furent en être ses défauts, en tout état de cause, cette approche ne faisait pas des intérêts des concurrents le cœur des préoccupations de la prohibition des ententes, focalisées sur le processus concurrentiel²⁵¹.

²⁴⁷ CJCE, 6 octobre 2009, *GlaxoSmithKline Services Unlimited c/ Commission*, aff. jtes C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/09 P et C-519/06 P, préc. (pts 62-64).

²⁴⁸ Accord, pratique concertée ou décision d'association d'entreprises.

²⁴⁹ V., notamment : Berthold GOLDMAN, Antoine LYON-CAEN et Louis VOGEL, *Droit commercial européen*, 5^{ème} éd., Paris, Précis, Dalloz, 1994, 835 p. ; spéc. p. 372.

²⁵⁰ Dès 1966, dans son célèbre arrêt *Consten et Grundig*, la Cour de justice rejeta une telle limitation à l'applicabilité de l'article 101 TFUE (alors article 85 CEE) au motif que « *la concurrence peut être faussée [...] non seulement par des accords qui la limitent entre les parties, mais également par des accords qui empêchent ou restreignent la concurrence qui pourrait s'exercer entre l'une d'elles et les tiers* » ; « *par un tel accord, les parties pourraient chercher, en empêchant ou en limitant la concurrence des tiers sur les produits, à instituer ou garantir à leur profit un avantage injustifié au détriment du consommateur* » (CJCE, 13 juillet 1966, *Consten et Grundig/Commission*, aff. jtes 56 et 58/64, *Rec.* p. 429, ici p. 493).

²⁵¹ La liberté d'action altérée par un accord horizontal ou vertical était, en premier lieu, celle que les parties avaient librement restreinte. L'accent mis sur la liberté des participants à ce processus

49. Nonobstant l'adoption d'une approche économique inégalement orientée vers le bien-être des consommateurs, la mise en œuvre de la prohibition des ententes peut, parfois, donner une assez nette impression de défendre les intérêts de certains concurrents. Tel est le cas lorsque sont sanctionnées les mesures concertées des membres d'une entente poursuivant l'éviction d'un concurrent non membre²⁵² ou lorsqu'est punie l'offre, par les parties à l'entente, de prix systématiquement inférieurs à ceux des quelques concurrents subsistants, en vue de contrecarrer cette concurrence extérieure²⁵³. De même, les accords de distribution exclusive, voire sélective, peuvent écarter des concurrents du marché (concurrence inter-marques) en les privant de moyens de distribution de leurs produits et/ou services. Toutefois, ces réactions à diverses atteintes aux intérêts des concurrents ne sont qu'un moyen de maintenir une concurrence effective, compromise par de telles pratiques, et non de défendre les intérêts des concurrents dont l'éviction ou l'affaiblissement serait recherché ou réalisé. Enfin, si la tolérance envers les ententes conclues entre des PME, notamment au travers de la communication *de minimis*²⁵⁴, témoigne d'une certaine empathie pour certains concurrents (ceux de faible taille), elle résulte surtout de l'idée qu'il est peu probable que ces entreprises puissent porter une atteinte sensible à la concurrence et/ou au commerce entre États membres et que leurs actions puissent préjudicier aux intérêts des consommateurs.

concurrentiel ne protégeait qu'indirectement les concurrents lorsque les restrictions entravaient non pas, ou pas seulement, la liberté des parties, mais celle de leurs concurrents. Si le formalisme de l'approche était critiqué, c'était pour l'interdiction de clauses et d'accords non dommageables à la concurrence et aux consommateurs, voire même générateurs d'efficacités économiques. Mais pas pour une dérive vers la protection des concurrents.

²⁵² V., par exemple, l'affaire des conduites précalorifugées, dans laquelle, comme aspects d'une seule et même infraction continue, les membres d'une entente avaient convenu d'un boycottage collectif de la seule entreprise importante ne faisant pas partie de l'entente, et mis en œuvre d'autres pratiques destinées à nuire à cette dernière, voire à l'éliminer (décision n° 1999/60/CE de la Commission, du 21 octobre 1998, relative à une procédure d'application de l'article 85 du traité CE (IV/35.691/E-4 – *Conduites précalorifugées*), JOCE L 24, 30 janvier 1999, p. 1).

²⁵³ V. décision n° 2004/420/CE de la Commission, du 3 décembre 2003, relative à une procédure d'application de l'article 81 du traité CE et de l'article 53 de l'accord EEE (C.38.359 – *Produits à base de carbone et de graphite pour applications électriques et mécanique*), JOUE L 125, 28 avril 2004, p. 45 (résumé).

²⁵⁴ Comm. eur., *Communication concernant les accords d'importance mineure qui ne restreignent pas sensiblement le jeu de la concurrence au sens de l'article 81, paragraphe 1, du traité instituant la Communauté européenne (de minimis)*, JOCE C 368, 22 décembre 2001, p. 13. En juillet 2013, la Commission a présenté un projet de nouvelle communication *de minimis*, afin de tenir compte de l'évolution de la jurisprudence de la Cour de justice, en particulier de l'arrêt *Expedia* (CJUE, 13 décembre 2012, *Expedia Inc. c/ Autorité de la concurrence e.a.*, aff. C-226/11, non encore publié au Rec.).

50. S'agissant de l'interdiction des ententes, le risque d'une dérive vers une protection des concurrents indépendamment de la prévention d'un dommage à la concurrence préjudiciable au bien-être des consommateurs semble faible. Certes, en sanctionnant certaines formes de concertation entre entreprises, la prohibition des ententes protège la liberté d'entreprises en principe concurrentes participant à l'accord, ainsi que les intérêts de leurs concurrents. Mais, surtout, l'interdiction entrave la capacité des entreprises à s'entendre en vue de réduire l'intensité de la concurrence ou les incertitudes liées à la concurrence, au préjudice de la concurrence et, *in fine*, des consommateurs. Par ailleurs, l'ancienne approche trop formaliste dans l'application de l'article 101 TFUE ne conduisait pas à une dérive vers la protection des concurrents : son défaut était de conduire à une proscription abstraite de certaines formes de concertation, sans considération pour leurs effets anticoncurrentiels concrets et à l'interdiction de pratiques bénéfiques à la concurrence et aux consommateurs. Le grief qui lui était adressé n'était pas le glissement d'une protection de la concurrence vers la défense des concurrents.

2° La place des concurrents dans l'interdiction des abus de position dominante

51. La pratique décisionnelle de la Commission et la jurisprudence communautaire ont quelquefois créé l'impression que la prohibition de l'exploitation abusive de position dominante protégeait la position des concurrents et non la concurrence et les intérêts des consommateurs²⁵⁵. En ce domaine, la tension entre protection de l'accès des concurrents au marché et promotion du bien-être du consommateur est réelle. Si l'avocat général Jacobs a nettement indiqué que « [l]'objectif premier de l'article [102] est d'empêcher des distorsions de concurrence et, en particulier, de sauvegarder les intérêts des consommateurs, plutôt que de protéger la position des concurrents particuliers »²⁵⁶, et si dans l'affaire *IMS* le président du Tribunal a fait

²⁵⁵ À cet égard, un auteur américain à la recherche d'une définition du dommage à la concurrence explique qu'un droit antitrust préoccupé par les seules pratiques qui réduisent le bien-être total des consommateurs ne prohibe que les comportements d'exploitation. Le droit antitrust américain serait de cette veine, au moins principalement (Eleanor M. FOX, « What is harm to competition? Exclusionary practices and anticompetitive effect », *Antitrust L. J.*, vol. 79, 2002, p. 371-411 ; spéc. p. 371-373 ; v., également, du même auteur, l'article intitulé « We Protect Competition, You Protect Competitors », *World Comp.*, vol 26, n° 2, 2003, p. 149-165).

²⁵⁶ Conclusions sur CJCE, 26 novembre 1998, *Oscar Bronner*, aff. C-7/97, *Rec.* p. I-7791 (pt 58).

sienne cette position²⁵⁷, ce dernier a ensuite été partiellement désavoué par le président de la Cour de justice. Validant l'objectif d'empêcher les distorsions de concurrence, celui-ci a précisé, pour le reste, qu'« *on ne saurait souscrire sans réserve* » à ces considérations sur l'objectif de l'article 102, « *dans la mesure où elles pourraient être comprises comme excluant la protection des intérêts des entreprises concurrentes de [cet objectif] alors même que de tels intérêts ne peuvent pas être dissociés du maintien d'une structure de concurrence effective* »²⁵⁸. Dans la récente affaire *TeliaSonera*, l'avocat général Mazák a repris la position exprimée par l'avocat général Jacobs sur l'objectif de l'article 102²⁵⁹. Mais la Cour lui a préféré une formule ancienne aux termes de laquelle les « *règles de concurrence ont précisément pour objectif d'éviter que la concurrence ne soit faussée au détriment de l'intérêt général, des entreprises individuelles et des consommateurs, contribuant ainsi au bien-être dans l'Union* »²⁶⁰.

52. L'ambiguïté concernant les intérêts protégés par l'interdiction de l'exploitation abusive d'une position dominante provient de l'appréhension des abus d'exclusion (ou d'éviction)²⁶¹ en sus des abus d'exploitation, doublée d'une certaine dérive, à l'égard des premiers, vers une approche formelle. Le risque d'une protection des concurrents est consubstantiel à la prohibition des pratiques d'éviction²⁶².

La possibilité d'une telle déviation a été amplifiée par l'approche excessivement formelle suivie par la Commission, avec l'assentiment des juridictions

²⁵⁷ TPICE, 26 octobre 2001 (ordonnance), *IMS Health Inc. c/ Commission*, aff. T-184/01 R, *Rec.* p. II-817 (pt 145).

²⁵⁸ CJCE, 11 avril 2001 (ordonnance), *NDC Health Corporation e.a. c/ IMS Health Inc. et Commission*, aff. C-481/01 P(R), *Rec.* p. I-3401 (pts 83-84).

²⁵⁹ Conclusions de l'avocat général MAZAK sous CJUE, 17 février 2011, *TeliaSonera Sverige AB*, aff. C-52/09, préc. (pt 30) : « *l'objectif principal de l'article 102 TFUE est de protéger la concurrence et de sauvegarder les intérêts des consommateurs plutôt que de protéger la position de concurrents déterminés* ».

²⁶⁰ V., notamment, CJUE, 17 février 2011, *TeliaSonera Sverige AB*, aff. C-52/09, préc. (pt 22) ; CJCE, 22 octobre 2002, *Roquette Frères SA*, C-94/00, préc. (pt 42).

²⁶¹ Est assimilée à l'exclusion l'entrave au développement des concurrents ou à leur entrée sur le marché. Un effet d'exclusion peut être constaté alors même que les concurrents victimes de l'abus d'exclusion auraient, concomitamment à l'abus, progressé sur le marché en cause, ou réalisé leur entrée sur celui-ci.

²⁶² Ce risque apparaît, par exemple, lorsque le comportement de l'entreprise dominante qui est proscrit porte sur un moyen d'accès des concurrents au marché, notamment dans le cadre de la théorie des infrastructures essentielles ou d'autres formes de refus de livrer des concurrents (Comm. eur., *Orientations sur les pratiques d'éviction abusives*, préc., paragraphes 75 et s.).

communautaires²⁶³, en particulier en matière de pratiques tarifaires²⁶⁴. L'approche plus économique et orientée vers l'analyse des effets sur la concurrence désormais préconisée en matière d'abus d'éviction, devrait permettre de corriger la dérive de l'approche formelle et d'assurer que la mise en œuvre de l'article 102 TFUE soit centrée sur la protection de la concurrence et des intérêts des consommateurs. Dans ses *Orientations sur les pratiques d'éviction abusives*, la Commission souligne qu'elle « *n'ignore pas que l'important est de protéger l'exercice d'une concurrence effective et non de protéger simplement les concurrents* »²⁶⁵. Ces derniers ne doivent être protégés par la sanction d'un abus d'exclusion que lorsque cela profite en premier lieu au bon fonctionnement des marchés et que les consommateurs retirent les bénéfices d'une concurrence effective entre les entreprises, en particulier en terme de choix. En principe, la primauté de l'intérêt des consommateurs justifie que seuls les concurrents aussi efficaces que l'entreprise dominante puissent être protégés contre les pratiques d'éviction de cette dernière. Mis en œuvre par la Commission²⁶⁶, le « *critère du concurrent aussi efficace* » a été explicitement validé et appliqué par la Cour de justice, sur pourvoi, dans l'arrêt *Deutsche Telekom*²⁶⁷, le Tribunal l'ayant, en

²⁶³ Le juge communautaire a, en effet, contribué à la dérive formaliste de la Commission en validant son approche *per se*. En effet, dans l'affaire *Wanadoo*, le Tribunal a estimé que dans l'arrêt *Akzo* la Cour de justice avait jugé « *que les prix inférieurs à la moyenne des coûts variables pratiqués par une entreprise en position dominante sont considérés per se comme abusifs, parce que le seul intérêt que peut avoir l'entreprise à pratiquer de tels prix est d'éliminer ses concurrents* » : TPICE, 30 janvier 2007, *France Télécom c/ Commission*, aff. T-340/03, *Rec.* p. II-107 (pt 195, soulignement ajouté). Le Tribunal reprenait, ainsi, l'approche *per se* suivie, en matière de rabais, dans l'affaire *Michelin II* : TPICE, 30 septembre 2003, *Manufacture française des pneumatiques Michelin c/ Commission*, aff. T-203/01, *Rec.* p. II-4071 (pt 239 ; v., également, pts 241-242) ; v. le commentaire de Denis WAELBROECK, « *Michelin II, A Per Se Rule Against Rebates by Dominant Companies ?* », *J. Comp. L. & Econ.*, vol. 1, n° 1, 2005, p. 149-171. Plus récemment, cette approche a été suivie par le Tribunal dans les affaires *Clearstream* et *Tomra System* : TPICE, 9 septembre 2009, *Clearstream Banking AG c/ Commission*, aff. T-301/04, *Rec.* p. II-3155 (pt 144) ; Trib.UE, 9 septembre 2010, *Tomra System c/ Commission*, aff. T-155/06, *Rec.* p. II-4361 (pts 210-219 et pt 289).

²⁶⁴ V., notamment, les affaires *Michelin II*, citée *supra* note de bas de page n° 263, et *British Airways*, citée *infra* note de bas de page n° 272.

²⁶⁵ Comm. eur., *Orientations sur les pratiques d'éviction abusives*, préc., paragraphe 6. Selon la Commission, l'application de l'article 102 TFUE (ancien article 82 CE) « *permet un meilleur fonctionnement des marchés, au bénéfice des entreprises et des consommateurs* » (paragraphe 1).

²⁶⁶ Par exemple, à propos d'une pratique tarifaire, dans l'affaire *Intel*. Les conditions de la jurisprudence en matière de rabais abusifs étant réunies, la Commission a vérifié s'ils avaient pour effet d'évincer un concurrent aussi efficace. Tel étant le cas en l'espèce, elle a souligné que la capacité des concurrents à livrer une concurrence fondée sur les mérites était réduite (préjudice à la concurrence), ainsi que le choix offert aux consommateurs et les incitations à innover (préjudice aux consommateurs) (décision de la Commission du 13 mai 2009, relative à une procédure d'application de l'article 82 du traité CE et de l'article 54 de l'accord EEE (COMP/C-3/37.990 – *Intel*), *JOUE C 227*, 22 septembre 2009, p. 13 (résumé)).

²⁶⁷ CJUE, 14 octobre 2010, *Deutsche Telekom AG/Commission*, aff. C-280/08 P, *Rec.* p. I-9555 (pts 195 et s.).

première instance, mis en œuvre au travers de l'expression d' « *opérateur économique aussi performant* »²⁶⁸. Plus récemment, la Cour a souligné que l'article 102 TFUE « *ne vise pas [...] à assurer que des concurrents moins efficaces que l'entreprise occupant une position dominante restent sur le marché* », et elle a affirmé nettement qu'un effet d'éviction de tels concurrents ne porte pas atteinte au jeu de la concurrence²⁶⁹.

53. Protéger la structure de la concurrence dans l'intérêt des consommateurs, et non défendre les intérêts des concurrents, implique de reconnaître concurrentielle l'élimination des concurrents les moins efficaces par les entreprises les plus performantes²⁷⁰. L'équilibre recherché, en reconnaissant aux concurrents efficaces le droit de ne pas être évincés du marché par des comportements qui ne relèvent pas de la concurrence par les mérites²⁷¹, assure le maintien d'une saine dynamique concurrentielle présumée profitable aux consommateurs²⁷². La concurrence par les

²⁶⁸ TPICE, 10 avril 2008, *Deutsche Telekom AG/Commission*, aff. T-271/03, *Rec.* p. II-477 (pt 186). Dans son arrêt du 14 octobre 2010, préc., la Cour explique que ce critère « *consiste à examiner si les pratiques tarifaires d'une entreprise dominante risquent d'évincer du marché un opérateur économique aussi performant que cette entreprise en se fondant uniquement sur les tarifs et les coûts de cette dernière, et non sur la situation spécifique de ses concurrents, actuels ou potentiels* » (pt 196). Comme l'expliquait l'avocat général MAZAK dans ses conclusions, ce critère est « *adéquat, parce qu'il montre si un concurrent est en mesure de concurrencer l'entreprise en position dominante sur la base de l'égalité des chances* » (conclusions sur CJUE, 14 octobre 2010, *Deutsche Telekom AG/Commission*, préc. (pt 52)). V., également, sur le critère du concurrent aussi efficace, CJCE, 17 février 2011, *TeliaSonera Sverige AB*, aff. C-52/09, préc. (pts 31-33 et 61-67) et les conclusions de l'avocat général MAZAK (pts 34-37) ; CJUE, 27 mars 2012, *Post Danmark A/S*, aff. C-209/10, préc. (pt 38).

²⁶⁹ CJUE 27 mars 2012, *Post Danmark A/S*, aff. C-209/10, non encore publié au *Rec.* (pt 21).

²⁷⁰ Selon Hugues CALVET, « *en pratique en tout cas, l'approche visant à protéger en soi le processus concurrentiel est bien impossible à distinguer de la protection du concurrent lui-même* » : « *Abus de position dominante : plaider pour le bien-être du consommateur* », *RLC*, 2005/4, p. 131-138 ; ici p. 134.

²⁷¹ La synthèse de la table ronde sur la concurrence par les mérites organisée par l'OCDE souligne que, si elle est souvent utilisée par les juges et responsables de l'application du droit de la concurrence, aucun consensus ne se dégage quant à la signification de l'expression « *concurrence par les mérites* » ; OCDE, Table ronde *Competition on the Merits*, 22 décembre 2005.

²⁷² Une telle présomption est implicite, mais certaine, et permet au Tribunal d'affirmer que « *[l']article 82 CE réprimant la seule atteinte objective à la structure même de la concurrence, l'argument [...] tiré de l'absence de preuve du préjudice causé aux consommateurs par [des] systèmes de primes ne saurait être retenu* » (TPICE, 17 décembre 2003, *British Airways plc c/ Commission*, aff. T-219/99, *Rec.* p. II-5917, pt 311), et à la Cour de rappeler que l'article 102 TFUE « *ne vise pas seulement les pratiques susceptibles de causer un préjudice immédiat aux consommateurs, mais également celles qui leur causent préjudice en portant atteinte à une structure de concurrence effective* » (CJCE, 15 mars 2007, *British Airways plc c/ Commission*, aff. C-95/04 P, *Rec.* p. I-2331, pt 106).

mérites est, en effet, « *de nature à profiter aux consommateurs* »²⁷³.

*

54. Si la prohibition des abus d'exclusion peut dévier vers la protection des intérêts des concurrents, sa finalité véritable demeure et doit être la préservation d'une concurrence libre, effective et non faussée, dans l'intérêt ultime des consommateurs au sens large. Comme toute règle antitrust, elle peut se révéler favorable aux concurrents des entreprises coupables de pratiques anticoncurrentielles²⁷⁴. L'ambiguïté résultant de la pratique décisionnelle et de la jurisprudence en matière d'abus d'éviction ne doit pas altérer l'assertion selon laquelle, à l'instar de la prohibition des ententes, l'interdiction de l'exploitation abusive d'une position dominante vise à la protection du processus concurrentiel dans l'intérêt des consommateurs. Cette ambiguïté est d'ailleurs réduite avec l'adoption par la Commission d'une approche économique fondée sur les effets, en remplacement d'une approche plus formelle et parfois fondée sur des prohibitions *per se*. Dans cette perspective, lorsqu'est en cause un dommage à la concurrence par l'exclusion de concurrents, seule l'exclusion de concurrents efficaces doit, en principe, être proscrite, contrairement à l'action antidumping qui n'exclut pas la protection de concurrents européens inefficaces.

Protectrice des intérêts de certains concurrents européens des auteurs du dumping, la législation antidumping ne tient que négativement et faiblement compte des intérêts des consommateurs et de la situation de la concurrence. Négativement, puisque la condition d'intérêt de l'Union est négative. Faiblement car dans le cadre de cette condition, ces intérêts et cette situation ne l'emportent que rarement sur les intérêts de l'industrie de l'Union²⁷⁵. La faveur de l'action antidumping pour les concurrents

²⁷³ CJUE, 6 décembre 2012, *AstraZeneca AB et AstraZeneca plc c/ Commission*, aff. C-457/10 P, non encore publié au *Rec.* (pt 129).

²⁷⁴ Les deux prohibitions antitrust protègent les intérêts des consommateurs (utilisateur intermédiaire ou consommateur final) en protégeant la concurrence. Ainsi, les consommateurs sont protégés par un ricochet intentionnel, contrairement aux concurrents qui le seraient par un ricochet involontaire. Alors que les premiers sont les bénéficiaires directs de l'application du droit antitrust, les concurrents en sont des bénéficiaires collatéraux.

²⁷⁵ Deux auteurs, praticiens de la législation antidumping, estiment qu'un examen de la pratique de la Commission montre que l'exigence relative à l'intérêt de la Communauté a joué un rôle mineur jusqu'à présent (Ivo VAN BAEL et Jean-François BELLIS, *Anti-Dumping and other Trade Protection Laws of the EC*, 4^{ème} éd., The Hague, Kluwer Law International, 2004, 795 p. ; spéc. p. 295 ; et *EU Anti-Dumping and Other Trade Defence Instruments*, 5^{ème} éd., Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2011, 1368 p. ; spéc. p. 379).

européens des auteurs du dumping ne va pas, toutefois, jusqu'à permettre aux premiers d'obtenir réparation du préjudice qu'ils subissent. La législation antidumping prévoit seulement la neutralisation des effets du dumping par l'institution de droits ou la cessation de ces effets par l'acceptation d'engagements en matière de prix. Les victimes du dumping ne peuvent obtenir d'un juge une réparation de leur préjudice, ni toute autre forme de compensation²⁷⁶. Au contraire, les victimes des pratiques anticoncurrentielles sanctionnées principalement pour l'atteinte qu'elles portent à la concurrence, au préjudice des intérêts des consommateurs, peuvent obtenir réparation de leur dommage devant le juge national.

Section 2 – Une certaine complémentarité sous l'angle de la protection de la loyauté de la concurrence

55. L'établissement et le maintien d'une concurrence libre dans le marché intérieur, au moyen notamment des règles antitrust, ne suffissent pas à l'instauration et à la préservation d'une concurrence véritablement effective sur ce marché. Sans régulation, la concurrence peut d'ailleurs conduire à la disparition de toute forme de concurrence. Parmi les nécessaires régulateurs au libre jeu concurrentiel figure l'exigence de loyauté. Car « [q]ui dit concurrence dit risque de concurrence déloyale »²⁷⁷. De même que le droit des pratiques anticoncurrentielles qui protège, en premier lieu, l'existence et la liberté de la concurrence, les règles qui préviennent ou sanctionnent la déloyauté dans la concurrence participent au bon fonctionnement de l'économie de marché, à l'établissement d'une « concurrence libre et non faussée »²⁷⁸. Or la législation antidumping de l'Union revendique comme objectif la défense de la loyauté de la concurrence. Ainsi, le droit de la concurrence de l'Union étant réceptif à cette finalité, une complémentarité avec l'action antidumping sous l'angle de l'objectif de concurrence loyale dans l'Union pourrait être établie.

²⁷⁶ V. *infra* n° 435.

²⁷⁷ OMPI, *Protection contre la concurrence déloyale, Analyse de la situation mondiale actuelle*, Genève, 1994, 92 p. ; ici p. 9.

²⁷⁸ Explicitement énoncé comme l'un des objectifs assignés à l'Union dans le Traité établissant une Constitution pour l'Europe (article I-3, paragraphe 2) ; si la formule n'est pas reprise dans les TUE et TFUE, l'établissement et le maintien d'une concurrence libre et non faussée découle de plusieurs dispositions de ces traités.

56. En préambule à l'exposé nuancé de cette complémentarité, quelques précisions sur la notion de concurrence déloyale s'imposent. Deux conceptions de la loyauté peuvent être distinguées²⁷⁹ : une conception *éthique*, ou *morale*, de la loyauté, qui concerne les rapports contractuels ; et une conception *équitable*, voire *égalitaire*, qui implique une certaine homogénéité des conditions de concurrence qu'exprime l'expression anglaise *level playing field*. Entre l'échange loyal de la tradition juridique française et la *fair competition* anglo-saxonne, le point commun serait que la « *loyauté désigne une certaine qualité des rapports humains et [qu'elle] est une condition indispensable pour que l'échange traduise un véritable accord libre des volontés* »²⁸⁰. Ainsi, la concurrence est loyale si « *les partenaires sont fidèles à leur parole, [s'ils] obéissent aux règles de l'honneur, de la probité et se conforment aux lois* » ; elle est *fair* si l'échange « *se déroule dans des conditions équitables, sans violence ni fraude* »²⁸¹. Par suite, une pratique commerciale peut être déloyale en ce qu'elle exprime le manquement à la parole donnée, la désobéissance aux règles de l'honneur et de la probité, ou la violation des lois : c'est la conception *éthique* de la loyauté. Mais la déloyauté d'une pratique peut aussi résulter de l'existence de conditions de concurrence trop inégales : c'est alors la conception *équitable* de la loyauté qui se manifeste. L'action antidumping se rattache clairement à la seconde conception de la loyauté (§ I.). Cette conception peut aussi être décelée dans certaines des règles européennes relatives à la concurrence (§ II.).

57. Centrés sur le *droit de la concurrence*, au sens de cette expression en droit européen, les développements de cette section ne portent pas sur les autres règles qui assurent la loyauté dans les relations entre entreprises (concurrentes ou non) ou à l'égard des consommateurs, qu'il s'agisse de législations européennes harmonisant le droit des États membres²⁸², ou d'autres règles de droit interne *relatives* à la

²⁷⁹ V., pour la distinction de ces deux conceptions, l'intervention de M. Alain BIENAYMÉ, in : « Table ronde "La notion de concurrence loyale a-t-elle le même sens sur les marchés nationaux que sur les marchés d'exportation ?" », *Rev. conc. consom.*, 1995, n° 85, p. 29-39 ; spéc. p. 31.

²⁸⁰ *Ibid.* ; ici p. 31.

²⁸¹ *Ibid.*

²⁸² Telles que : 1) la directive n° 84/450/CEE (*JOCE* L 250, 19 septembre 1984, p. 17) sur la publicité trompeuse, forme de publicité aux « *conséquences déloyales* » (article 1), toujours en vigueur à l'égard des professionnels, qu'elle protège contre toute publicité qui, en raison de son caractère trompeur, est susceptible d'affecter leur comportement économique (protection des clients professionnels), ou porte ou peut porter préjudice à un concurrent (protection des concurrents). Modifiée par la directive n° 97/55/CE (*JOCE* L 290, 23 octobre 1997, p. 18) afin d'établir des conditions uniformes selon lesquelles la publicité comparative est licite dans la Communauté, qu'elle

concurrence, telles que les dispositions françaises sur les *pratiques restrictives de concurrence*²⁸³.

§ I. La défense de la loyauté par la législation antidumping

58. L'action antidumping se présente comme une réaction face à une concurrence déloyale dans l'Union en provenance de pays tiers. Cette prétention de la législation antidumping à défendre la loyauté de la concurrence doit être explicitée et

soit dirigée vers des consommateurs ou des professionnels, elle définit les conditions de licéité de la publicité comparative « *afin de déterminer les pratiques en matière de publicité comparative qui peuvent entraîner une distorsion de concurrence, porter préjudice aux concurrents et avoir une incidence négative sur le choix des consommateurs* » (considérant n° 7 de la directive n° 97/55/CE). Ainsi, « *pour éviter que la publicité comparative ne soit utilisée de manière anticoncurrentielle et déloyale* », seules des comparaisons entre biens ou services concurrents répondant aux mêmes besoins ou ayant le même objectif sont permises (considérant n° 9 de la directive n° 97/55/CE) ; et 2) la directive n° 2005/29/CE (JOUE L 149, 11 juin 2005, p. 22) qui, dans la seule optique de protection des consommateurs, concerne les *pratiques commerciales déloyales* des entreprises vis-à-vis des consommateurs qui portent atteinte aux intérêts économiques de ces derniers « *et, par conséquent, indirectement aux intérêts économiques des concurrents légitimes* » (considérant n° 6). Elle harmonise, de manière complète, les réglementations nationales relatives à de telles pratiques commerciales déloyales, en établissant une interdiction générale unique des pratiques commerciales déloyales, définies comme toute pratique qui « *est contraire aux exigences de la diligence professionnelle* » (article 2) et qui « *altère [...] le comportement économique [...] du consommateur moyen* » (article 5). En adoptant une telle directive le législateur européen reconnaît la nécessité d'une concurrence loyale des entreprises vis-à-vis des consommateurs et, indirectement, d'une protection des intérêts économiques des « *concurrents légitimes* » (considérant n° 6). Selon les propres termes du législateur, la directive garantit aux « *entreprises légitimes [...] une concurrence loyale dans le secteur d'activité qu'elle coordonne* » (considérant n° 8). Certes, elle ne protège pas les entreprises contre les pratiques commerciales déloyales de leurs concurrents directement dirigées contre elles. Mais elle assure, à tout le moins, une loyauté entre les concurrents dans la compétition qui les oppose pour atteindre les consommateurs, acquérir ou développer une clientèle.

²⁸³ Dispositions dont la compatibilité avec le droit de l'Union est prévue par l'article 3, paragraphe 3, du règlement (CE) n° 1/2003 (préc.) qui autorise « *l'application de dispositions de droit national qui visent à titre principal un objectif différent de celui visé par les articles 81 et 82 du traité* », objectif qui consiste, aux termes du considérant n° 9 du règlement, à « *préserver la concurrence sur le marché* ». Si elle ne mentionne pas la loyauté dans la concurrence comme un tel « *objectif différent* », cette disposition la vise implicitement. Elle est d'ailleurs explicitement évoquée au considérant n° 9 du règlement qui envisage les « *dispositions législatives nationales interdisant ou sanctionnant les actes liés à des pratiques commerciales déloyales* », dispositions présentées comme visant « *un objectif spécifique, indépendamment des répercussions effectives ou présumées de ces actes sur la concurrence sur le marché* », et dont il propose, comme exemples, les « *dispositions qui interdisent aux entreprises d'imposer à un partenaire commercial, d'obtenir ou de tenter d'obtenir de lui des conditions commerciales injustifiées, disproportionnées ou sans contrepartie* », ce qui rappelle le texte de l'article L. 442-6, I, 1° du Code de commerce. Cette faculté doit, aux termes de l'article 3, paragraphe 3, s'exercer dans la limite des « *principes généraux et des autres dispositions du droit communautaire* », notamment celles relatives aux libertés de circulation. Sur ces questions, v. Laurence IDOT, *Droit communautaire de la concurrence, Le nouveau système communautaire de mise en œuvre des articles 81 et 82 CE*, Paris-Bruxelles, FEC-Bruylant, 2004, 351 p. ; spéc. p. 37-38.

contextualisée. D'une part, si l'action antidumping prétend réagir contre la concurrence déloyale de certaines importations de marchandises, elle apparaît seulement apte à en neutraliser les effets, sans atteindre ni réduire les origines de la déloyauté, *i.e.* les causes de la pratique tarifaire contre laquelle elle autorise une réaction, qui teintent cette pratique de déloyauté (**A.**). D'autre part, fondée sur une absence d'égalité, une insuffisante homogénéité des conditions de la concurrence entre le marché intérieur et les pays tiers, la législation antidumping de l'Union a vocation à s'effacer lorsque les conditions d'une concurrence loyale ou suffisamment loyale sont réunies dans l'espace économique considéré (**B.**).

A. Une action prétendument dirigée contre une concurrence étrangère déloyale

59. L'action antidumping se justifie par une prétendue déloyauté de la pratique tarifaire de dumping. Le dumping – plus exactement les importations effectuées en dumping –, qui engendre une situation de concurrence déloyale dans l'Union, serait possible en raison d'une situation de concurrence déloyale entre producteurs européens et producteurs des pays tiers exportateurs (**1°**). Pourtant, la législation antidumping se révèle inapte à établir une concurrence loyale entre producteurs européens et producteurs étrangers, se bornant à corriger le préjudice causé par la concurrence réputée déloyale de ces derniers (**2°**).

1° Une action fondée sur une prétendue situation de concurrence déloyale

60. Le dumping est généralement présenté comme une pratique commerciale déloyale et l'action antidumping comme une réponse à une situation de concurrence déloyale résultant de la pratique de dumping, à laquelle est confrontée l'industrie du pays importateur. L'institution de mesures antidumping permettrait de rétablir une concurrence loyale sur le marché. C'est la déloyauté du dumping qui « *justifie que les mesures antidumping ne donnent pas lieu à des compensations vis-à-vis des pays affectés par celles-ci* »²⁸⁴, contrairement aux mesures de sauvegarde prises en réaction à un commerce loyal mais néanmoins dommageable. Pourtant, rares sont les

²⁸⁴ Sophie DONNADILLE, *Dumping, antidumping et concurrence*, thèse (dactyl.), Toulouse, 2003, 406 p. ; ici p. 12.

instruments normatifs relatifs au dumping qui lui attribuent explicitement un tel caractère déloyal. Il n'apparaît ni dans les dispositions de l'article VI du GATT, ni dans celles de l'un des successifs Codes antidumping. Dans les traités européens, le dumping est mentionné à l'article 207 TFUE comme l'un des objets des mesures de défense commerciale. Mais ni cette disposition, ni aucun des successifs règlements antidumping de base ne le qualifient de pratique déloyale, qualification qui n'est utilisée que par un règlement, pris en 2003, relatif aux mesures à prendre lorsqu'une combinaison de mesures antidumping ou compensatoires et de mesures de sauvegarde risque d'avoir des effets plus importants qu'anticipé²⁸⁵. Quant aux juridictions européennes, le caractère déloyal du dumping a été souligné par l'avocat général Van Gerven dans ses conclusions dans l'affaire *Nölle*²⁸⁶, ainsi que par le Tribunal et la Cour de justice dans l'affaire *Extramet (devenue IPS)*²⁸⁷. Par ailleurs, à l'instar de nombreux rapports et communications des institutions²⁸⁸, les règlements d'application de la législation de base désignent régulièrement le dumping comme une « *pratique commerciale déloyale* »²⁸⁹. Récemment, dans une communication relative à la

²⁸⁵ V. le considérant n° 4 du règlement (CE) n° 452/2003 du Conseil, du 6 mars 2003, sur les mesures que la Communauté peut prendre au regard de l'effet combiné des mesures antidumping ou compensatoires et des mesures de sauvegarde, *JOUE* L 69, 13 mars 2003, p. 8 : l'objectif des mesures antidumping et compensatoires « *est de remédier aux distorsions du marché créées par des pratiques commerciales déloyales* ».

²⁸⁶ L'avocat général remarque que « *le système des mesures antidumping tend à protéger l'industrie européenne (c'est-à-dire les acteurs du jeu de la concurrence) contre la concurrence (considérée comme déloyale) de produits importés qui sont vendus en dessous de leur valeur normale* » : conclusions sous CJCE, 22 octobre 1991, *Eugen Nölle/Hauptzollamt Bremen-Freihafen*, aff. C-16/90, *Rec. p. I-5163* (pt 11, soulignement ajouté).

²⁸⁷ Le Tribunal a relevé, dans le second volet antidumping de l'affaire *Extramet (devenue IPS)* que « *le but du règlement de base [est de] protéger l'industrie communautaire contre les pratiques de prix déloyales des pays tiers* » et que « *le but de la réglementation antidumping est de maintenir des conditions de concurrence loyale pour les différents secteurs de production, lorsqu'ils subissent un préjudice dû aux importations en dumping* » (TPICE, 15 octobre 1998, *IPS c/ Conseil*, aff. T-2/95, *Rec. p. II-3939*, pts 256 et 345). Quant à la Cour de justice, elle a expliqué que les droits antidumping constituent « *une mesure de défense et de protection contre la concurrence déloyale résultant des pratiques de dumping* » (CJCE, 3 octobre 2000, *Industrie des poudres sphériques (IPS) c/ Conseil*, aff. C-458/98 P, *Rec. p. I-8147*, pt 91). Dans le volet antitrust de l'affaire, le Tribunal a affirmé que « *la procédure antidumping vise à rétablir sur concurrence non faussée sur le marché* » (TPICE, 30 novembre 2000, *IPS c/ Commission*, aff. T-5/97, *Rec. p. II-3755*, pt 213).

²⁸⁸ V., par exemple, le *Onzième rapport annuel de la Commission au Parlement européen sur les activités antidumping et antisubventions de la Communauté* (1992), COM(93) 516 final, 28 octobre 1993, 132 p. ; spéc. p. 6, point 2.2 : les « *pratiques préjudiciables de dumping sont déloyales* » ; v., aussi, Comm. eur., *Livre vert, L'Europe dans le monde – Les instruments de défense commerciale de l'Europe dans une économie mondiale en mutation*, 6 décembre 2006, COM(2006) 763 final : la Commission y explique que les mesures antidumping protègent les producteurs de l'Union européenne « *contre les importations effectuées à des conditions déloyales* » (p. 2).

²⁸⁹ V., à titre d'exemple, le règlement (CEE) n° 1698/85 du Conseil, du 19 juin 1985, instituant un droit antidumping définitif sur les importations de machines à écrire électroniques originaires du Japon, *JOCE* L 163, 22 juin 1985, p. 1 (paragraphe 41).

modernisation des instruments de défense commerciale, la Commission explique qu'ils permettent « *de réagir aux pratiques commerciales inéquitables de pays exportateurs et de rétablir des conditions d'équité* »²⁹⁰.

61. Affirmer la déloyauté du dumping n'explique pas ce qui rend cette pratique tarifaire déloyale. Le caractère déloyal n'est pas consubstantiel au dumping. Vendre à l'exportation à un prix inférieur à celui pratiqué sur son marché domestique – ou inférieur à la valeur normale sur ce dernier – n'est pas en soi déloyal. Si l'industrie européenne préjudiciée par le dumping est confrontée à une concurrence déloyale, à des importations qu'elle ne peut concurrencer « *à armes égales* »²⁹¹, c'est en raison de circonstances dans le pays tiers d'exportation qui rendent possible le dumping. Des circonstances particulières confèrent un avantage aux producteurs-exportateurs du pays d'exportation qui leur permet de recourir au dumping dans le pays d'importation. Ainsi, le caractère déloyal du dumping résulte de ses causes, de ses origines. Ces causes sous-jacentes à la pratique de dumping doivent être distinguées des circonstances sur le marché d'importation qui facilitent le recours au dumping depuis le marché d'exportation, tel qu'un faible niveau moyen des droits de douane sur le premier marché²⁹².

Avares en affirmations du caractère déloyal du dumping, les textes normatifs le sont presque autant en matière d'explicitations des causes du dumping. Ni l'article VI du GATT, ni les successifs Codes antidumping, ni la législation antidumping de base de l'Union ne contiennent d'indications générales et exhaustives à cet égard²⁹³. Tout au plus certaines causes ressortent-elles de quelques dispositions de l'article VI, et des

²⁹⁰ Comm. eur., *Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen, relative à la modernisation des instruments de défense commerciale – Adapter les instruments de défense commerciale aux besoins actuels de l'économie européenne*, 10 avril 2013, COM(2013) 191 final, p. 3.

²⁹¹ V., notamment, *Vingt et unième rapport annuel de la Commission au Parlement européen sur les activités antidumping, antisubventions et de sauvegarde de la Communauté* (2002), COM(2003) 481 final, 7 août 2003, 214 p. (p. 17, point 2.1.1.2).

²⁹² V., sur ce point, Antonio MASTROPASQUA, *Le marché commun et la défense contre le dumping, De la nécessité d'une législation antidumping communautaire*, Guido Pastena Editore, Rome, 1965, 262 p. ; spéc. p. 4-5.

²⁹³ Antonio MASTROPASQUA souligne cette « *attitude générale négative du G.A.T.T. vis-à-vis du problème de la recherche des causes et donc de l'origine du dumping* » (*Le marché commun et la défense contre le dumping, De la nécessité d'une législation antidumping communautaire*, préc. ; ici p. 19). V., aussi, Peter D. EHRENHAFT, « *Is Interface of Antidumping and Antitrust Laws Possible ?* », *Geo. Wash. Int'l L. Rev.*, 2002, p. 363-400 ; spéc. p. 367, et Robert D. WILLIG, « *Economic Effects of Antidumping Policy* », in : Robert Z. LAWRENCE (éd.), *Brookings Trade Forum* (1998), 434 p. ; spéc. p. 58.

Notes et dispositions additionnelles de l'annexe I du GATT, qui présentent des situations dans lesquelles les producteurs-exportateurs pratiquant le dumping bénéficient d'un avantage conféré soit par les autorités du pays d'exportation, soit par un accord entre entreprises²⁹⁴. Deux de ces situations d'origine publique ou privée du dumping apparaissent dans le règlement antidumping de base de l'Union²⁹⁵. Par contraste, la Commission se révèle plus prolixe en matière d'identification des causes du dumping. Dans plusieurs rapports, elle y présente le dumping comme une pratique rendue possible par un cloisonnement – d'intensité variable selon le produit concerné – du marché d'exportation, au moyen de mesures diverses, d'origine étatique ou privée, qui confèrent un avantage aux exportateurs. C'est l'existence d'une concurrence restreinte ou faussée sur ce marché d'exportation, voire l'absence totale de concurrence sur ce dernier, qui est à l'origine du dumping²⁹⁶.

²⁹⁴ S'agissant d'un *avantage conféré par le pays d'exportation*, il ressort du paragraphe 7 de l'article VI, que le dumping peut résulter d'un « *système destiné à stabiliser soit le prix intérieur d'un produit de base, soit la recette brute des producteurs nationaux d'un produit de ce genre, indépendamment des mouvements des prix à l'exportation* » (il prévoit pour ce dumping particulier un régime de condamnation spécial) ; en outre, la note interprétative 2 aux paragraphes 2 et 3 de l'article VI indique que le dumping peut être obtenu « *par le moyen d'une dévaluation partielle de la monnaie* » ; un tel « *recours à des taux de change multiples* » vise les pratiques qui sont le fait de gouvernements ou qui sont approuvées par eux » ; enfin, la note interprétative 2 au paragraphe 1 de l'article VI, en reconnaissant que la comparabilité des prix aux fins d'établissement de la marge de dumping peut être difficile dans le cas d'importations en provenance de pays à commerce d'État, identifie des situations dans lesquelles le dumping est pratiqué par des exportateurs de pays dans lesquels ne règne aucune concurrence.

Quant à l'*avantage procuré par une autre entreprise*, il est sous-jacent à la notion de *dumping occulte* (v. la note interprétative 1 au paragraphe 1 de l'article VI du GATT) : un tel dumping apparaît lorsqu'un importateur vend à un prix inférieur à celui qui correspond au prix facturé par l'exportateur avec lequel il est associé et, également, inférieur au prix pratiqué dans le pays exportateur. L'importateur vendant à perte sur le marché d'importation – par exemple afin de prendre pied sur ce marché – reçoit de l'exportateur, dans le cadre d'un accord, des compensations quelconques pour la perte subie.

²⁹⁵ En prévoyant un régime spécial pour l'établissement de la valeur normale dans le cas d'importations en provenance de pays n'ayant pas une économie de marché (article 2, paragraphe 7, a) et b)), il met en lumière une situation particulière où le dumping peut avoir pour origine l'absence de concurrence sur le marché d'exportation ; en permettant la construction du prix à l'exportation dans l'hypothèse où le prix réel n'est pas fiable en raison de l'existence d'une association ou d'un arrangement de compensation entre l'exportateur et l'importateur, il vise le dumping rendu possible par un accord entre entreprises (article 2, paragraphe 9).

²⁹⁶ V. *Onzième rapport annuel sur les activités antidumping et antisubventions de la Communauté* (1992). La Commission y expose longuement les « *motifs* » pour lesquels le GATT considère le dumping comme déloyal : le dumping « *résulte d'un avantage comparatif fabriqué et non pas réel* » (p. 4). Il « *postule que le marché d'exportation soit cloisonné et que le marché d'importation soit ouvert* » (p. 6). La Commission explique que, sur un marché intégré (tel que le marché intérieur) régi par les libertés de circulation des biens, des services, des capitaux et des personnes qui créent des « *conditions d'égalités et assure une incidence maximale du jeu du marché contraignant les entreprises à fixer leurs prix en fonction de critères d'efficacité* », d'une part la possibilité de pratiquer des prix différenciés selon des zones dudit marché est réduite compte tenu des possibilités

62. Le quasi silence des textes quant au caractère déloyal et aux origines du dumping des marchandises contraste avec le clair énoncé, s'agissant des dumping²⁹⁷ spéciaux en matière de services de transports maritimes et aériens, d'un tel caractère et l'indication explicite de leurs causes : des avantages non commerciaux au bénéfice des transporteurs. Un règlement adopté en 1986 autorise une réaction contre les « *prix déloyaux dans le domaine du transport maritime* ». De telles pratiques sont caractérisées par l'offre régulière de taux de fret inférieurs aux taux de fret normaux, lorsque les premiers « *sont rendus possibles du fait que l'armateur concerné bénéficie d'avantages non commerciaux qui sont octroyés par un État qui n'est pas*

d'arbitrage ou de rétorsion des concurrents et, d'autre part l'intérêt d'une politique prolongée de vente à perte est quasi inexistant compte tenu des risques de réaction des concurrents par la proposition de prix aussi bas (p. 7). Un tel cloisonnement résulte, notamment, d'obstacles non tarifaires, tels que les contingents et accords dit *d'autolimitation* (censés avoir été proscrits par les accords de l'OMC), mais aussi une multitude de mesures entravant l'accès aux marchés, sous forme, entre autres, « *de procédures douanières sophistiquées, de normes et d'autres obstacles techniques discriminatoires, de régimes discriminatoires de brevet, de réglementations anti-trust non observées ou tronquées, de la désignation de groupes d'importateurs exclusifs, d'appel d'offre réservés, etc.* » (p. 7). Depuis son quinzième rapport annuel sur les activités antidumping et antisubventions de la Communauté, la Commission explique de manière itérative, dans chaque rapport annuel, que « [d]ans la plupart des cas où les pratiques de dumping ne sont pas isolées, le marché est caractérisé par un certain cloisonnement [qui] peut s'expliquer, entre autres, par des dispositions réglementaires ou par les préférences des consommateurs », dont la conséquence serait que « *les exportateurs sont protégés, au moins dans une certaine mesure, de la concurrence internationale sur leur marché intérieur* » (Quinzième rapport annuel de la Commission au Parlement européen sur les activités antidumping et antisubventions de la Communauté (1996), COM(97) 428 final, 16 septembre 1997, 97 p. ; ici p. 2, point 1.1). V., également, Comm. eur., *L'Europe dans le monde – Les instruments de défense commerciale de l'Europe dans une économie mondiale en mutation, Livre vert à soumettre à la consultation publique*, 6 décembre 2006, préc. (spéc. p. 7). Dans une récente communication relative aux problèmes liés à l'approvisionnement de la Communauté en matières premières, la Commission souligne la multiplication, dans les pays émergents, de mesures étatiques, dont les systèmes de tarification duale (consistant à vendre le produit considéré à un prix plus élevé à l'exportation que le prix pratiqué sur le marché domestique), qui confèrent un avantage aux industries de tels pays, concurrentes de l'industrie de l'Union, qui peuvent être combattues par l'application de la législation antidumping, car de telles distorsions de la concurrence permettent des « *exportations de produits en aval à des prix de dumping* » (Comm. eur., *Communication au Parlement européen et au Conseil, Initiative « matières premières » – répondre à nos besoins fondamentaux pour assurer la croissance et créer des emplois en Europe*, 6 mai 2010, COM(2008) 699 final/2 (remplaçant COM(2008) 499 final du 4 novembre 2008), ici p. 8). À propos de tarification duale (*dual pricing*) en matière de gaz russe, v. Julia SELIVANOVA, « World Trade Organization Rules and Energy Pricing : Russia's case », *JWT*, vol. 38, n° 4, 2004, p. 559-602.

²⁹⁷ Le terme dumping n'apparaît pas dans ces législations relatives aux transports maritimes et aériens, et il est impropre puisque les pratiques condamnées ne sont pas des formes de prix discriminatoires transnationaux, mais seulement des prix bas pratiqués par des prestataires établis dans des pays tiers. Mais l'emploi du mot dumping permet de souligner le parallèle entre ces législations concernant des services spécifiques et la législation antidumping relative aux seules marchandises.

membre de la Communauté »²⁹⁸. Par ailleurs, un règlement adopté en 2004 qualifie de « *pratique tarifaire déloyale* » le fait, pour un transporteur aérien non communautaire bénéficiant « *d'un avantage non commercial* », de pratiquer « *des tarifs aériens suffisamment inférieurs à ceux proposés par des transporteurs aériens communautaires concurrents pour causer à ces derniers un préjudice* »²⁹⁹.

2° Une action palliative inapte à établir une situation de concurrence loyale

63. L'action antidumping prétend rétablir une concurrence loyale entre producteurs européens et producteurs-exportateurs de pays tiers, en réagissant à une situation de concurrence déloyale résultant du dumping par une neutralisation de ses effets. Mais si cette réaction est fondée sur un objectif de loyauté de la concurrence, son aptitude à établir une situation de concurrence loyale entre l'industrie du pays d'importation et les producteurs-exportateurs du pays d'exportation est discutable.

64. En premier lieu, l'action antidumping n'implique aucune vérification des origines du dumping, de l'existence sur le marché d'exportation des circonstances supposées le rendre possible, telles qu'un certain cloisonnement du marché

²⁹⁸ Règlement (CEE) n° 4057/86 du Conseil, du 22 décembre 1986, relatif aux pratiques tarifaires déloyales dans les transports maritimes, *JOCE* L 378, 31 décembre 1986, p. 14, considérant n° 6 et article 3, b). La notion d'*avantages non commerciaux* n'est pas définie. Dans la seule mesure d'application de ce règlement prise jusqu'à ce jour, le Conseil a relevé comme avantages non commerciaux le régime coréen de réservations de fret et les bénéfices financiers retirés d'un plan national de rationalisation du secteur du transport maritime. Grâce à ces avantages, la société coréenne Hyundai avait pratiqué des taux de frets inférieurs de 26% au taux normal (règlement (CEE) n° 25/89 du Conseil du 4 janvier 1989 instituant un droit compensateur sur les transports maritimes de lignes conteneurisés effectués entre la Communauté et l'Australie par la Hyundai Merchant Marine Company Ltd de Séoul, République de Corée, *JOCE* L 4, 6 janvier 1989, p. 1).

²⁹⁹ Règlement (CE) n° 868/2004 du Parlement européen et du Conseil, du 21 avril 2004, concernant la protection contre les subventions et les pratiques tarifaires déloyales causant un préjudice aux transporteurs aériens communautaires dans le cadre de la fourniture de services de transport aérien de la part de pays non membres de la Communauté européenne, *JOUE* L 162, 30 avril 2004, p. 1, article 5. Cet article 5 précise que ces pratiques de prix déloyaux doivent être distinguées des pratiques tarifaires concurrentielles normales, mais renvoie à une méthodologie à élaborer par la Commission pour, notamment, concrétiser cette distinction. À ce jour, la Commission n'a pas achevé cette tâche. Depuis plusieurs années, dans ses documents de travail accompagnant les rapports annuels sur les activités antidumping, antisubventions et de sauvegarde de l'Union européenne, et en dernier lieu dans le document de travail accompagnant le trentième rapport annuel (SWD(2012) 346 final, du 19 octobre 2012), la Commission explique que ce travail, complexe, est toujours en cours. Elle indique que la méthodologie devrait découler de l'expérience importante en matière de commerce des marchandises et adaptée au secteur hautement spécifique des transports aériens (spéc. p. 9). Le « *degré de déloyauté de la tarification* », équivalent de la marge de dumping, indique l'ampleur d'une concurrence qui est déloyale car rendue possible par « *un avantage autre que commercial qui ne peut être clairement identifié comme une subvention* » (v. considérant n° 9 du règlement n° 868/2004).

conférant un avantage aux auteurs du dumping. La réaction antidumping repose sur une présomption implicite et irréfragable³⁰⁰ d'une fermeture du marché d'exportation par des restrictions et/ou distorsions de concurrence publiques ou privées dont l'existence serait révélée par la pratique de dumping. En ce sens le dumping apparaît déloyal *per se*. Ni la détermination de l'existence d'un dumping préjudiciable, ni l'adoption de mesures pour le neutraliser (par des droits antidumping) ou l'empêcher (au moyen d'engagements de prix) n'impliquent la recherche des origines du dumping. Aucune disposition du GATT ou de l'un des Codes antidumping successifs, aucune disposition des règlements antidumping de base, actuel et antérieurs³⁰¹, ne prévoit, comme élément constitutif de la pratique de dumping, ou comme condition à l'adoption de mesures antidumping, la vérification des causes du dumping présumées sous-jacentes et justifiant sa qualification de pratique commerciale déloyale³⁰². Quant à la doctrine, divisée à propos du caractère déloyal du dumping, elle n'est pas

³⁰⁰ La possibilité pour les producteurs-exportateurs de pays n'ayant pas une économie de marché, de prouver qu'ils opèrent dans les conditions d'une économie de marché (article 2, paragraphe 7, c), du règlement de base) doit être distinguée. Les producteurs-exportateurs étrangers soupçonnés de recourir au dumping ne peuvent, en aucune manière, prouver que leur pratique de dumping n'a pas pour origine une certaine fermeture de leur marché domestique rendant possible la pratique du dumping.

³⁰¹ Dans ses lignes directrices *The Community Interest in Anti-dumping Proceedings* (document non publié, accessible en anglais uniquement, intitulé *Copy of the original guidelines sent to Commissioners, Member States and other interested parties in December 1996*, 4 p.), la Commission souligne qu'elle n'est pas tenue de rechercher les origines de la distorsion des échanges dans le pays exportateur, tout en prétendant souhaiter, dans le cadre de l'évaluation de l'intérêt de l'Union à l'adoption de mesures antidumping, réunir les informations disponibles sur ces origines. La Commission y indique, en effet, que « [l]es origines de la distorsion des échanges dans le pays tiers [...] devrait être prise en considération » (p. 4, traduction libre).

³⁰² Un contrôle de la réalité de la fermeture du marché d'exportation a été proposé. Ainsi, M. Marc KOULEN rapporte que, lors des négociations du Cycle de l'Uruguay, les pays nordiques avaient proposé, notamment, d'introduire dans la réglementation antidumping le principe selon lequel les mesures antidumping ne seraient permises que si une enquête démontrait l'existence d'obstacles aux importations dans le pays d'exportation du produit en cause (« The New Anti-Dumping Code through its Negotiating History », p. 151-232, in : Jacques H. J. BOURGEOIS, Frédérique BERROD et Eric GIPPINI FOURNIER (éds.), *The Uruguay Round Results, A European Lawyers' Perspective* (College of Europe, Bruges), Bruxelles, European Interuniversity Press, 1995 ; ici p. 165). Par ailleurs, M. Ernst-Ulrich PETERSMANN a proposé que, dans le cadre d'une réforme du Code antidumping qui comporterait l'insertion de critères antitrust, soit introduite l'obligation pour les autorités de concurrence de mener une enquête antitrust, à la fois dans le pays d'importation et dans le pays d'exportation, portant sur les pratiques anticoncurrentielles des auteurs du dumping sur les marchés d'importation et d'exportation (« International Competition Rules for Governments and Private Business, The Case for Linking Future WTO Negotiations on Investment, Competition and Environmental Rules to Reforms of Anti-Dumping Laws », *JWT*, vol. 30, n° 3, 1996, p. 5-35 ; spéc. p. 33).

davantage unanime sur la thèse des origines déloyales du dumping³⁰³ – certains auteurs considérant même déloyale l'action antidumping.

65. Une recherche des origines du dumping³⁰⁴ pourrait s'avérer utile pour s'assurer que la réponse antidumping ne soit, en pratique, mise en œuvre qu'en présence d'un véritable dumping déloyal³⁰⁵. Il ne saurait être exclu qu'il n'y ait aucune forme de cloisonnement du marché d'exportation à l'origine du dumping, qu'il n'existe aucune restriction ou distorsion de concurrence privée ou publique sur ce marché qui le rende possible³⁰⁶. S'il est probable qu'une partie des pratiques de dumping préjudiciable constatées et contrebalancées par l'adoption de mesures antidumping trouvent réellement leur origine dans un certain cloisonnement du marché d'exportation, il est presque sûr que ce n'est pas toujours le cas. Dès lors, un risque d'excès dans l'action antidumping – aux effets négatifs sur le commerce international – ne saurait être

³⁰³ D'autres causes du dumping, distinctes d'une protection du marché d'exportation, ressortent, notamment, de la classification des différentes formes de dumping proposée à Jacob VINER en 1923 et reprise par Robert D. WILLIG en 1992, fondée sur les motifs ou objectifs de la pratique du dumping et sur la durée ou continuité de cette dernière : Jacob VINER, *Dumping : A Problem in International Trade*, New York, Augustus M. Kelley - Publishers, 1966 (réimpr. 1923), 381 p. ; il distingue dix formes de dumping ; Robert D. WILLIG, « Anti-Dumping Policy: Protecting of Suppliers and Protecting of Competition », *mimeo*, préc., a repris et développé cette classification, en y superposant une dichotomie entre les formes de dumping discriminatoire (*price discrimination dumping*), dont les dix précédemment identifiées par Jacob VINER, et de dumping à perte (*below-cost dumping*). Néanmoins, dans sa reprise de classification de Jacob VINER comme dans sa proposition d'une autre classification des formes de dumping organisée autour de l'objectif de monopolisation du marché d'importation, M. Robert D. WILLIG expose, de manière générale, que l'isolement économique entre des marchés nationaux différents est une circonstance nécessaire pour que des prix différents puissent y être maintenus, et précise qu'un tel isolement peut résulter soit des coûts de transport, soit d'une protection accordée, sur leur marché d'exportation, aux producteurs qui recourent au dumping (Robert D. WILLIG, « Anti-Dumping Policy : Protecting of Suppliers and Protecting of Competition », préc. ; spéc. p. 3, et, du même auteur, « Economic Effects of Antidumping Policy », préc. ; spéc. p. 59).

³⁰⁴ Ces origines du dumping sont à distinguer des intentions du producteur-exportateur recourant au dumping, ignorées par la législation antidumping. En matière antidumping, la loi antidumping américaine de 1916 prévoyait la démonstration d'une intention de nuire de l'auteur du dumping, la volonté de détruire ou de causer un dommage à une industrie aux États-Unis (v. Alan O. SYKES, « Antidumping and Antitrust : What Problems Does Each Address ? », préc. ; spéc. p. 17) : cette condition d'intention a été jugée contraire au droit de l'OMC (v. *infra* n° 101).

³⁰⁵ Une telle recherche ne paraît pas proscrite par la discipline antidumping de l'OMC, laquelle permet que les législations antidumping des Membres de l'OMC rendent plus difficile l'adoption de mesures antidumping (v. *infra* n° 101). Elle pourrait être conduite dans le cadre de l'examen de l'intérêt de l'Union à l'adoption de mesures (v. *infra* n° 413 et 570).

³⁰⁶ Il peut aussi résulter d'un monopsonne dans le pays d'importation ; v. Robert D. WILLIG, « Anti-Dumping Policy : Protecting of Suppliers and Protecting of Competition », *mimeo*, Princeton University, 1992, 46 p. ; spéc. p. 3.

écarté. Il peut être mis en parallèle avec les erreurs d'interdiction *ex ante*³⁰⁷ en droit antitrust – génératrices d'effet de refroidissement de la concurrence (*chilling effect on competition*).

66. Par contraste avec la législation antidumping, les règlements européens relatifs aux pratiques tarifaires déloyales en matière de services de transport maritime et aérien prévoient une recherche des origines des pratiques de prix déloyaux qu'ils appréhendent ; les avantages octroyés par l'État tiers et qui permettent les pratiques en cause doivent être établis³⁰⁸. De même, la vérification de l'existence d'une subvention, à l'origine de l'importation dans l'Union de produits faisant l'objet d'une subvention, est requise par la législation communautaire antisubventions, à la suite des articles VI et XVI du GATT et du Code antisubventions³⁰⁹.

67. En second lieu, les mesures antidumping sont seulement aptes à neutraliser les effets du dumping préjudiciable. Elles n'ont qu'un effet palliatif. Elles suppriment le préjudice subi par l'industrie du pays importateur mais n'anéantissent pas les origines du dumping. Certes, elles rétablissent ainsi une concurrence loyale dans ce pays en privant, en pratique, les producteurs-exportateurs étrangers du bénéfice des avantages qu'ils retirent d'une certaine protection de leur marché domestique. Mais elles n'atteignent pas la source de la déloyauté. La législation antidumping envisage deux types de mesures : les droits antidumping qui sont seulement capables de neutraliser

³⁰⁷ V., notamment, John FINGLETON et Ali NIKPAY, « Stimulating or Chilling competition », *Fordham Corp. L. Inst.*, 2009, p. 385-417, et Hendrick BOURGEOIS, « The Chilling effects of Article 82 », *Fordham Corp. L. Inst.*, 2009, p. 349-384. Ces erreurs d'interdiction (ou faux positifs) résultent de règles erronées et se distinguent des erreurs d'interdiction *ex post* résultant d'une mauvaise application de règles valables. De même en matière antidumping, aux excès de la réglementation liés aux insuffisances des règles s'ajoutent des erreurs dans la mise en œuvre entraînant d'injustifiées déterminations de situations de dumping.

³⁰⁸ V. règlement (CEE) n° 4057/86, préc., article 3, b), et règlement (CE) n° 868/2004, préc., article 5 et considérant n° 4.

³⁰⁹ Article 2 du règlement (CE) n° 2026/97 du Conseil, du 6 octobre 1997, relatif à la défense contre les importations qui font l'objet de subventions de la part de pays non membres de la Communauté européenne, *JOCE* L 288, 21 octobre 1997, p. 1. ; article 11 de l'Accord sur les subventions et les mesures compensatoires de 1994. En effet, parmi les conditions déterminant l'existence d'une subvention passible de mesures compensatoires, figure la démonstration de l'octroi d'une contribution financière par les pouvoirs publics ou tout organisme public du ressort territorial du pays d'origine ou d'exportation du produit subventionné ou de l'existence d'une forme quelconque de soutien des revenus ou de soutien des prix au sens de l'article XVI du GATT de 1994³⁰⁹. Ainsi, il doit être établi l'existence d'un avantage d'origine public procuré aux auteurs d'importations dans l'Union de produits subventionnés. Pendant à la démonstration du dumping, la vérification de l'existence d'une subvention implique l'identification de la cause de la déloyauté de la pratique d'importation de produits « *faisant l'objet d'une subvention* » neutralisée par l'imposition de droits compensateurs.

les effets dommageables du dumping pour l'industrie domestique, le dumping restant pratiqué ; les engagements de prix ou de cessation des exportations à prix de dumping, aptes à faire disparaître les pratiques de dumping, et par suite le préjudice qu'elles causent à l'industrie domestique. Cependant, ni les droits antidumping ni les engagements de prix ne sont capables de faire disparaître les causes de la pratique déloyale condamnée dont seuls les effets sont, pour l'avenir, neutralisés par des droits ou empêchés via des engagements³¹⁰. Par contraste, l'action anti-subsidiation peut atteindre les origines des importations subventionnées causant un préjudice à l'industrie de l'Union, *i.e.* les subventions³¹¹.

B. Une action provisoirement nécessaire contre une concurrence étrangère déloyale

68. Les situations dans lesquelles l'instrument antidumping a été abandonné par les États membres de l'Union permettent d'identifier les conditions européennes à un tel abandon, autrement dit les contextes dans lequel il cesse d'être nécessaire (1°). Ainsi, la législation antidumping de l'Union apparaît provisoirement nécessaire dans l'attente de la réunion, au plan mondial, des conditions d'une concurrence loyale (2°).

1° Les conditions européennes d'abandon de l'instrument antidumping

69. Lorsque certaines conditions sont réunies, l'instrument antidumping perd ses raisons d'être et devient inutile. En premier lieu, aucune mesure contre le dumping ne peut être prise dans les relations entre États membres de l'Union européenne. Dans la Communauté économique européenne, ce renoncement est intervenu après une période de transition au cours de laquelle l'ancien article 91 CEE prévoyait une

³¹⁰ Disparitions qui semblent être le seul bénéfice pour le bien-être économique global que puisse engendrer la politique antidumping. V. Robert D. WILLIG, « Economic Effects of Antidumping Policy », préc. ; ici p. 71 : « [I]f it were the case that antidumping policy deterred strategic dumping, then the net benefits would accrue to the global economy. However, the situation appears more ambiguous if antidumping policy does not succeed in deterring protection of the exporters' home market that is intrinsic to strategic dumping ».

³¹¹ En effet, certaines subventions peuvent être l'occasion d'un différend porté devant l'Organe de règlement des différends de l'OMC en vue d'une disparition de la subvention. Par ailleurs, si elles peuvent faire l'objet de droits compensatoires dont les effets sont comparables à ceux des mesures antidumping, les subventions préjudiciables peuvent aussi, à l'instar du dumping, donner lieu à des engagements. Soit ils sont pris par les exportateurs et portent sur les prix ou la cessation des exportations de produits subventionnés. Soit ils sont présentés par le pays d'origine ou d'exportation qui accepte d'éliminer la subvention préjudiciable. Dans le cas d'un tel engagement d'un État tiers, la cause de la concurrence déloyale des importations subventionnées est anéantie.

réaction au dumping intracommunautaire distincte de la défense contre le dumping envisagée par le GATT de 1947³¹². Inséré dans le chapitre relatif aux « Règles de concurrence », l'article 91 contenait un régime répressif³¹³ et une disposition préventive, qualifiée de *boomerang*, permettant la libre réimportation sur le marché originaire des produits exportés à un prix de dumping sans aucun droit de douane, restriction quantitative ou mesure d'effet équivalent³¹⁴. Ce « mécanisme antidumping nouveau, de caractère entièrement original »³¹⁵, dit de « dumping en retour », vidait en principe l'opération de dumping de son intérêt³¹⁶. Les auteurs du traité admettaient que des pratiques de dumping puissent avoir lieu dans la Communauté mais estimaient qu'une fois la période de transition passée les distorsions de concurrence

³¹² Dans le cadre de la première communauté, celle du charbon et de l'acier, le dumping intracommunautaire portant sur les produits couverts par le traité CECA ne pouvait plus, sans période transitoire, faire l'objet de mesures antidumping, neutralisatrices d'effets préjudiciables, en raison de l'existence de dispositions préventives et répressives de ses causes. De la triple combinaison, d'une part des prohibitions de l'article 4 CECA visant a) les droits de douane, ou taxes d'effet équivalent, les restrictions à la circulation de produits, b) les mesures ou pratiques discriminatoires entre producteurs, entre acheteurs ou entre utilisateurs, c) les subventions ou aides accordées par les États et d) les pratiques restrictives tendant à la répartition ou à l'exploitation des marchés, d'autre part de dispositions de nature à éviter les causes du dumping (articles 60, 67, 68 et 70 CECA) et, enfin de l'absence d'une disposition spéciale relative au dumping intracommunautaire, il résultait que le traité CECA avait, dès son entrée en vigueur, conduit à la disparition de la défense antidumping à l'intérieur de la CECA. Ainsi Antonio MASTROPASQUA expliquait-il que le traité CECA, « pour ce qui est des mesures antidumping à l'intérieur du marché commun », prévoyait, « à vrai dire, non pas [des] règles antidumping au sens strict, mais plutôt [des] interdictions générales de nature à combattre les phénomènes de dumping entre les États membres » (*Le marché commun et la défense contre le dumping, De la nécessité d'une législation antidumping communautaire, op. cit.* ; ici p. 43).

³¹³ Dans ce régime répressif, la Commission avait le pouvoir d'adresser à l'auteur ou aux auteurs des pratiques de dumping qu'elle avait constatées, sur demande d'un État membre ou de toute autre personne intéressée, des recommandations d'y mettre fin (première phase) ; en cas de persistance de la pratique, nonobstant une telle recommandation, la Commission pouvait autoriser l'État membre lésé à prendre les mesures de protection qu'elle définissait (seconde phase). Le dumping n'était pas défini par l'article 91 CEE et la Commission décida de retenir comme base de travail les notions de l'article VI du GATT, auquel étaient parties les six États membres fondateurs : v., à cet égard, René JAUME, « Une disposition originale contre le dumping : L'Article 91 § 2 du Traité de Rome », *DS* 1961, p. 449-454 ; spéc. p. 450, et, également, Thiébaud FLORY, « Commentaire de l'article 91 du traité CE », in : Vlad CONSTANTINESCO, Jean-Paul JACQUÉ, Robert KOVAR et Denys SIMON (dir.), *Traité instituant la CEE, Commentaire article par article*, Paris, Economica, 1992, 1648 p, p. 485-487. En 1961, une douzaine de plaintes avaient été instruites, sans jamais passer à la seconde phase, et parfois même sans que soit adressée une recommandation formelle (René JAUME, *Une disposition originale contre le dumping : L'Article 91 § 2 du Traité de Rome*, préc. ; spéc. p. 450).

³¹⁴ Cette disposition préventive avait fait l'objet d'une réglementation : règlement n° 8 de la Commission, du 11 mars 1960, pour l'application du paragraphe 2 de l'article 91 du traité instituant la Communauté économique européenne, *JOCE* n° 21, 25 mars 1960, p. 597/60 ; règlement n° 13 de la Commission, du 15 mars 1961, portant modification du règlement n° 8 pour l'application du paragraphe 2 de l'article 91 du Traité instituant la CEE, *JOCE* n° 25, 8 avril 1961, p. 585/61.

³¹⁵ René JAUME, « Une disposition originale contre le dumping : L'Article 91 § 2 du Traité de Rome », préc. ; ici p. 449.

³¹⁶ V. Claude A. COLLIARD, « Les pratiques de dumping », in : Walter Jean GANSHOF VAN DER MEERSCH (dir.), *Les Nouvelles, Droit des Communautés européennes*, Bruxelles, Larcier, 1969, 1194 p., p. 861-862 spéc p. 861.

rendant possible la discrimination tarifaire entre pays devraient être éliminées par les dispositions du traité interdisant les discriminations fondées sur la nationalité, prohibant les ententes anticoncurrentielles et les abus de position dominante, concernant les aides d'État, portant sur les dispositions fiscales et relatives à l'harmonisation des législations³¹⁷. Les trois premiers traités d'adhésion à la Communauté se sont inspirés, pour leur période de transition respective, du système de l'article 91 CEE, n'en reprenant cependant que le dispositif répressif³¹⁸. En revanche, les traités d'adhésion ultérieurs³¹⁹ ne contenaient aucune mesure transitoire en matière antidumping ce qui s'expliquerait par le statut antérieur des États concernés, soit de membre de l'EEE³²⁰, soit d'État associé aux Communautés européennes³²¹. Il résultait d'un tel statut qu'au moment de l'adhésion ils appliquaient déjà l'acquis communautaire, notamment en matière de concurrence et de libertés de circulation des marchandises, services, capitaux et personnes.

70. En second lieu, en dehors du commerce à l'intérieur de la Communauté européenne, le renoncement à l'instrument antidumping n'a jusqu'à présent concerné que les échanges avec les États parties à l'EEE. L'accord sur l'EEE a créé une zone de libre-échange *renforcée* entre la Communauté et les autres États parties³²². Dans cette zone, en principe aucune mesure antidumping ne peut être prise par une partie sur les produits originaires d'une autre partie³²³. Or cet accord établit un espace

³¹⁷ V. Antonio MASTROPASQUA, *Le marché commun et la défense contre le dumping, De la nécessité d'une législation antidumping communautaire*, op. cit. ; spéc. p. 41 ; Thiébaud FLORY, « Commentaire de l'article 91 du traité CE », préc. ; spéc. p. 486 ; Dictionnaire permanent Droit européen des Affaires, feuillet 37 (1^{er} septembre 1998) ; spéc. paragraphe 6.

³¹⁸ V. article 136 du traité d'adhésion du Danemark, de l'Irlande et du Royaume-Uni de Grande Bretagne et d'Irlande du Nord (*JOCE* L 73, 27 mars 1972, p. 1), article 131 du traité d'adhésion de la Grèce (*JOCE* L 291, 19 novembre 1979, p. 1) et article 380 du traité d'adhésion de l'Espagne et du Portugal (*JOCE* L 302, 15 novembre 1985, p. 1).

³¹⁹ Celui concernant l'adhésion de l'Autriche, de la Finlande et de la Suède (*JOCE* L 241, 29 août 1994, p. 1), celui relatif à l'adhésion de la Tchéquie, de l'Estonie, de Chypre, de la Lettonie, de la Lituanie, de la Hongrie, de Malte, de la Pologne, de la Slovénie et de la Slovaquie (*JOUE* L 236, 23 septembre 2003, p. 1) et celui portant sur l'adhésion de la Bulgarie et de la Roumanie (*JOUE* L 157, 21 juin 2005, p. 11).

³²⁰ Dans les cas de l'Autriche, de la Finlande et de la Suède.

³²¹ Dans les cas de la Tchéquie, de l'Estonie, de Chypre, de la Lettonie, de la Lituanie, de la Hongrie, de Malte, de la Pologne, de la Slovénie, de la Slovaquie, de la Bulgarie et de la Roumanie.

³²² Actuellement la République d'Islande (qui a présenté une demande d'adhésion à l'Union européenne le 16 juillet 2009), la Principauté de Liechtenstein et le Royaume de Norvège.

³²³ V. l'articles 8, paragraphe 2, et l'article 26, de l'accord sur l'EEE. En principe seulement car cette non application des mesures antidumping est assortie de deux exceptions, prévues par le Protocole n° 13 (*JOCE* L 1, 3 janvier 1994, p. 175) :

économique « *dynamique et homogène fondé sur des règles communes et des conditions de concurrence égale* ». Il réalise de la manière la plus complète possible la libre circulation des marchandises, des personnes, des services et des capitaux dans l'ensemble de l'EEE, « *de sorte que le marché intérieur réalisé sur le territoire de la Communauté soit étendu* » aux autres États parties à l'accord³²⁴. Il comporte en outre l'établissement d'un régime assurant que la concurrence n'est pas faussée³²⁵ et le renforcement de la coopération dans d'autres domaines tels que l'environnement³²⁶.

L'EEE est le seul espace économique de renoncement à l'action antidumping puisque, nonobstant l'établissement progressif d'une union douanière³²⁷ entre la Communauté et la Turquie³²⁸, comportant la mise en œuvre des libertés de circulation et de règles

- tant que l'acquis communautaire n'est pas pleinement intégré dans l'accord ; constatant que l'acquis communautaire relevant des domaines couverts par l'accord a été pleinement intégré dans l'accord et que les pays concernés ont pris les mesures nécessaires, dans le cadre de l'accord, pour appliquer cet acquis dès sa date d'entrée en vigueur, le Conseil décida de suspendre les mesures antidumping alors en vigueur pour les marchandises originaires des pays de l'AELE dès la date d'entrée en vigueur de l'accord sur l'EEE (règlement (CE) n° 5/94 du Conseil, du 22 décembre 1993, relatif à la suspension des mesures antidumping appliquées aux pays de l'AELE, *JOCE* L 3, 5 janvier 1994, p. 1) ; l'acquis communautaire n'est pas intégré dans le secteur de la pêche : les dispositions de l'article 4 du Protocole n° 9, annexé à l'accord sur l'EEE, prévoient, outre la suppression des aides à ce secteur et l'adaptation de l'organisation des marchés de ce dernier « *de façon à ne pas fausser la concurrence* », que « *les parties contractantes veillent à assurer des conditions de concurrence telles que les autres parties contractantes ne devront pas avoir recours à des mesures antidumping ni à des droits compensateurs* ». Plusieurs mesures antidumping ont été adoptées, depuis 1997, aux importations de saumons atlantiques d'élevage originaires de Norvège.

- et pour éviter que des mesures antidumping visant des pays tiers à l'accord ne soient contournées.

³²⁴ V., notamment, CJCE, 11 juin 2009, *Commission c/ Pays-Bas*, aff. C-521/07, *Rec.* p. I-4873 (pt 32).

³²⁵ S'agissant du régime de concurrence, l'accord contient des dispositions relatives aux ententes, abus de position dominantes et comportements des États (notamment l'octroi d'aides), similaires à celles contenues dans l'actuel TFUE. Il réalise une extension du droit communautaire de la concurrence au cadre géographique élargi que constitue l'EEE. Des auteurs rapportent que, lors des négociations de l'accord EEE, les membres de l'AELE expliquaient que le dumping est le résultat d'une discrimination de prix entre marchés nationaux rendue possible par l'existence de marchés domestiques protégés, ce qui ne devait plus être le cas en raison de l'application des règles relatives à la circulation des marchandises et de la mise en œuvre des règles de concurrence. D'où la soumission de l'abandon de l'application de la législation antidumping à la condition d'une complète application de l'acquis communautaire par les autres parties à l'EEE (v. Ivo VAN BAEL et Jean-François BELLIS, *EU Anti-Dumping and Other Trade Defence Instruments*, 5^{ème} éd., *op. cit.* ; spéc. p. 27).

³²⁶ Article 1, paragraphe 2, de l'accord sur l'EEE, préc.

³²⁷ Mise en place en trois phases, prévues par l'accord d'Ankara du 12 septembre 1963 : une phase préparatoire ; une phase transitoire (le protocole additionnel, signé le 23 novembre 1970, arrêtant les conditions, modalités et rythmes de réalisation de la phase transitoire, prévoyait, en matière antidumping, un régime inspiré de l'ancien article 91 CEE ; v. article 47 du Protocole additionnel annexé à l'accord d'association, *JOCE* L 293, 29 décembre 1972, p. 4) ; une phase définitive (décision n° 1/95 du Conseil d'association CE-Turquie, du 22 décembre 1995, relative à la mise en place de la phase définitive de l'union douanière, *JOCE* L 35, 13 février 1996, p. 1).

³²⁸ Avec laquelle des négociations d'adhésion ont débuté en octobre 2005.

de concurrence, l'instrument antidumping y demeure applicable³²⁹. Par ailleurs, dans toutes les autres zones de libre-échange passées, actuelles ou en cours d'établissement entre la Communauté, puis l'Union, et des États tiers, l'instrument antidumping est demeuré et demeure applicable. Tout en reconnaissant l'applicabilité des législations antidumping des parties, la plupart de ces accords aménageaient et aménagent des procédures d'information et de consultations au sein du conseil institué par l'accord. Dans certains cas, une préférence pour l'acceptation d'engagements de prix au lieu de l'adoption de droits antidumping est prévue³³⁰.

71. Ainsi, hors du cadre juridique de l'Union européenne, les États membres n'ont renoncé à l'instrument antidumping qu'avec les États membres de l'EEE. À l'extérieur de ces deux espaces économiques, les conditions d'une concurrence libre et loyale – libertés de circulation des marchandises, services, personnes et capitaux et règles de concurrence – ne prévalent pas, ou pas suffisamment. La législation antidumping apparaît ainsi comme un instrument de défense provisoire qui devient inutile lorsque de telles conditions sont réunies³³¹.

³²⁹ La Turquie est d'ailleurs l'un des pays tiers qui, derrière la Chine, les États-Unis et l'Inde, a le plus de mesures antidumping en vigueur contre les importations de l'Union (v., notamment, Comm. eur., *Dixième rapport annuel de la Commission au Parlement européen – Synthèse des mesures de défense commerciale des pays tiers contre l'Union européenne pour l'année 2012*, COM(2013) 217 final, 22 avril 2013). La décision du Conseil d'association CE-Turquie du 22 décembre 1995 relative à la mise en place de la phase définitive de l'union douanière prévoit la possibilité d'un réexamen du principe de l'application des instruments de défense commerciale (autres que les mesures de sauvegarde) et la possibilité, dans ce cadre, pour le Conseil d'association de « *décider de suspendre l'application de ces instruments à condition que la Turquie ait appliqué les règles relatives à la concurrence, au contrôle des aides d'État, ainsi que les autres dispositions de l'acquis communautaire relatives au marché intérieur et assuré leur application effective, offrant ainsi une garantie contre la concurrence déloyale comparable à celle existant dans le marché intérieur* » (article 44 de la décision n° 1/95, préc.).

³³⁰ V. 1) *Déclaration d'Essen* concernant les PECO associés dans le cadre d'un accord européen (*Rapport du Conseil au Conseil européen (Essen) sur la stratégie de préparation de l'adhésion des PECO associés*, annexe IV des *Conclusions de la présidence*, Conseil européen, réunion des 9 et 10 décembre 1994 à Essen (Bull. UE 12/1994)) ; et 2) *Déclaration relative à l'article 44 de la décision n° 1/95 du Conseil d'association CE-Turquie*, JOCE L 35, 13 février 1996, p. 16.

³³¹ V., en ce sens, Ernst-Ulrich PETERSMANN, « International Competition Rules for Governments and Private Business, The Case for Linking Future WTO Negotiations on Investment, Competition and Environmental Rules to Reforms of Anti-Dumping Laws », préc. ; ici p. 31 : « *[a]nti-dumping measures are sub-optimal compared to alternative policy instruments which remedy the cases of dumping directly at their source. For instance, reciprocal liberalization of governmental market-access barriers, and antitrust enforcement against private anti-competitive practices in both the exporting and the importing country, offer welfare-increasing and more equitable alternative instruments to treat the source of international market segmentation and to render "monopolizing dumping" impossible* » (soulignement ajouté).

2° Des conditions de renoncement à l'antidumping absentes au niveau mondial

72. La libéralisation des échanges progressive dans le cadre du GATT de 1947, puis du *système OMC*, n'a pas conduit, jusqu'à présent, à l'établissement d'une intégration économique à l'échelle mondiale qui offrirait une garantie contre la concurrence déloyale comparable à celle existant dans le marché intérieur de l'Union européenne et dans la zone de libre-échange renforcée qu'est l'EEE³³². De nombreux obstacles à l'égalité des conditions de concurrence perdurent. Les conditions d'une homogénéité du contexte concurrentiel suffisante pour qu'un renoncement à la législation antidumping soit possible, ne sont pas réunies. Les droits de douanes, certes fortement abaissés par des réductions successives des tarifs douaniers³³³, demeurent parfois importants. Surtout, de nombreux obstacles non-tarifaires persistent nonobstant les règles visant à les proscrire, notamment les dispositions fondamentales que sont la clause de la nation la plus favorisée³³⁴ – assurant l'égalité de traitement entre importations de pays différents – et la clause du traitement national³³⁵ – exigeant la non-discrimination des produits importés par rapport aux produits locaux similaires. Ces barrières non-tarifaires, « *aussi vieilles que le commerce international lui-même* », constituent « *aujourd'hui les principaux obstacles aux échanges* »³³⁶, notamment en raison de leur difficile repérage, mais aussi de leur grande variété³³⁷. D'ailleurs, l'ambition de la libéralisation multilatérale est limitée et l'OMC reconnaît à ses Membres la possibilité d'aller au-delà et de créer, entre plusieurs d'entre eux,

³³² Dans un tel contexte international, l'Union européenne ne peut abandonner « *sa fonction centrale de protection contre les concurrences extérieures déloyales* » (Jacques BOURRINET, « La politique commerciale commune », in : Jacques ZILLER (dir.), *L'Union européenne*, Édition Traité de Lisbonne, coll. Les notices, La documentation Française, Paris, 2008, 215 p. ; notice n° 19, p. 186-194 ; ici p. 186).

³³³ V. Dominique CARREAU et Patrick JUILLARD, *Droit international économique*, 5^{ème} éd., Paris, Dalloz, 2013, 802 p. ; spéc. p. 199-204.

³³⁴ Article I^{er} du GATT.

³³⁵ Article III du GATT.

³³⁶ Dominique CARREAU et Patrick JUILLARD, *Droit international économique*, 5^{ème} éd., *op. cit.* ; ici p. 204, n° 513.

³³⁷ Ces barrières non-tarifaires sont des mesures ou pratiques dont l'effet, sinon le but lui-même, est de freiner l'accès des produits importés à un marché, qu'elles concernent la détermination de la valeur en douane, les formalités douanières, l'administration des licences d'importations ou les règles relatives à l'origine des produits ou à leur commercialisation sur ce marché.

des intégrations économiques régionales, notamment des zones de libre-échange et des unions douanières³³⁸.

73. En ce qui concerne l'Union européenne, le besoin de libéralisation accrue des échanges dans les relations avec certains pays s'est illustré par la mise en place de l'union douanière UE-Turquie et par la multiplication d'accords commerciaux de types différents, certains conduisant à la création de zone de libre-échange, non seulement avec des pays tiers géographiquement proches – ayant parfois vocation à adhérer à l'Union³³⁹ – mais aussi avec des pays plus éloignés, voire situés quasiment aux antipodes³⁴⁰. Avec un grand nombre de pays, la voie empruntée est celle de la coopération, notamment commerciale, témoignant une volonté de s'engager vers une plus grande libéralisation des échanges avec des pays ou régions tiers et constituant, dans certains cas, une étape affichée vers la création d'une zone de libre-échange³⁴¹.

³³⁸ V. le *Mémorandum d'Accord sur l'Interprétation de l'Article XXIV de l'Accord Général sur les Tarifs Douaniers et le Commerce de 1994* (JOCE L 336, 23 décembre 1994, p. 234). Les premières se caractérisent par la suppression des droits de douane et autres réglementations commerciales restrictives pour l'essentiel des échanges commerciaux portant sur les produits originaires de leurs territoires constitutifs. Dans les secondes, degré supérieur d'intégration économique, s'ajoutent aux caractéristiques des zones de libre-échange la mise en place d'un tarif douanier commun applicable aux pays tiers à l'union douanière (article XXIV du GATT).

³³⁹ Sur le continent européen, mise à part l'EEE, une zone de libre-échange existe (ou est progressivement en cours d'établissement) avec : la Suisse, les Iles Féroé et les pays des Balkans occidentaux (trois candidats à l'adhésion : la l'Ancienne République yougoslave de Macédoine, le Monténégro et la Serbie ; et deux candidats potentiels, l'Albanie et la Bosnie-et-Herzégovine).

³⁴⁰ Hors d'Europe, s'agissant des pays du pourtour méditerranéen, une zone de libre-échange est établie (ou en cours d'établissement) avec l'Algérie, la Cisjordanie et la bande de Gaza, l'Égypte, l'État d'Israël, la Jordanie, le Liban, le Maroc et la Tunisie. Par ailleurs, la Communauté a conclu des accords de libre-échange avec le Mexique et le Chili. En Afrique, une zone de libre échange est en cours d'établissement avec l'Afrique du Sud. En asie, un accord de libre échange avec la Corée du Sud est entré en vigueur en juin 2011 (Accord de libre-échange entre l'Union européenne et ses États membres, d'une part, et la République de Corée, d'autre part, JOUE L 127, 14 mai 2011, p. 6).

³⁴¹ Ainsi, avec l'Ukraine, liée à l'Union par un accord de partenariat et de coopération, des négociations ont récemment abouties en vue de la conclusion d'un accord de libre-échange. Par ailleurs, des accords de coopération ont, ainsi, été successivement conclus avec l'Inde en 1973, 1981 et 1994 et des négociations sont en cours en vue de la création d'une zone de libre-échange. En extrême-orient, de telles négociations ont également lieu avec Singapour (le texte d'un accord a été finalisé en septembre 2013 – un projet d'accord est disponible sur le site Internet de la DG commerce), le Japon, la Thaïlande, le Vietnam, la Malaisie et l'ASEAN. En Amérique du Sud, la Communauté et ses États membres ont conclu un Accord-cadre interrégional de coopération avec le Marché commun du sud et ses États parties, étape vers la conclusion d'un accord d'association interrégionale CE-Mercosur en cours de négociations. Des accords-cadres de coopération ont été conclus avec les États parties au Mercosur (Argentine, Brésil, Paraguay et Uruguay), ainsi qu'avec les pays andins (Bolivie, Colombie, Equateur, Pérou et Venezuela – un accord commercial a été signé en juin 2012 avec deux d'entre eux, la Colombie et le Pérou) et les États d'Amérique centrale (Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras, Nicaragua et Panama : un accord d'association comportant un accord de libre-échange a été signé en juin 2012). Par ailleurs, des accords commerciaux sont en cours de négociation avec le Canada (depuis avril 2009) et avec les États-Unis (depuis juin 2013).

À l'exception de l'EEE, l'approfondissement de la libéralisation des échanges entre l'Union et des pays tiers, y compris dans le cadre d'accords établissant des zones de libre-échange, ne conduit pas à une intégration économique suffisante pour que l'Union et ses Membres abandonnent l'instrument antidumping. Ni dans ces zones, ni dans le cadre multilatéral de l'OMC, ne sont suffisamment combattues et réduites les causes publiques du dumping (les distorsions de concurrence induites par les autorités publiques des pays tiers), prérequis à la réunion des conditions d'une concurrence loyale et au renoncement à l'action antidumping.

74. S'agissant des causes privées du dumping – *i.e.* les accords entre entreprises ou pratiques unilatérales anticoncurrentiels rendant possible le dumping –, l'expérience européenne montre que seules l'adoption et l'application de règles antitrust propres à l'espace économique considéré permettent à ses Membres de renoncer à l'action antidumping. Tel est le cas dans l'Union et dans l'EEE. Ainsi, des normes internationales de concurrence doivent être adoptées et mises en œuvre entre les pays concernés pour que l'Union puisse renoncer à sa législation antidumping³⁴². L'absence d'alternatives aux mesures antidumping en l'absence de règles de concurrence internationales est très largement reconnue³⁴³. Les autres formes d'internationalisation du droit de la concurrence – application extraterritoriale du droit du pays d'importation et coopération dans la mise en œuvre des droits antitrust des pays d'importation et d'exportation concernés – s'avèrent insuffisantes. Dans le cas du dumping, seuls les effets d'un comportement anticoncurrentiel adopté et appliqué dans le pays exportateur sont ressentis dans le pays importateur, sauf lorsque la pratique de dumping elle-même peut être qualifiée de pratique anticoncurrentielle – elle est alors adoptée à l'étranger et mise en œuvre dans le pays d'importation. Hormis ce cas particulier, la pratique de dumping préjudiciable ne se confond pas

³⁴² Dans son livre vert *L'Europe dans le monde – Les instruments de défense commerciale de l'Europe dans une économie mondiale en mutation*, 6 décembre 2006 (préc.), la Commission explique que « [l]a raison d'être économique des mesures de défense commerciale antidumping et antisubventions tient essentiellement au fait que l'économie internationale ne dispose pas de mécanisme permettant de corriger les pratiques anticoncurrentielles semblable aux organismes de réglementation de la concurrence qui opèrent dans pratiquement toutes les économies nationales » (p. 2) ; « [l]es mesures antidumping se justifient principalement, d'un point de vue économique, par le fait que la concurrence sur les marchés internationaux est imparfaite – il n'y a pas d'autorité internationale en matière de concurrence chargée de régler les comportements anticoncurrentiels entre les pays » (page 6).

³⁴³ Comm. eur., *Evaluation of the responses to the public consultation on Europe's trade defence instruments in a changing global economy*, 19 novembre 2007 (spéc. p. 4).

avec la pratique anticoncurrentielle adoptée et mise en œuvre dans le pays exportateur mais peut, tout au plus, être considérée comme un effet indirect de cette dernière, ressenti dans le pays importateur. L'effet direct consistant en un certain cloisonnement du marché d'exportation est alors localisé dans le pays exportateur.

75. L'application extraterritoriale du droit de la concurrence du pays d'importation ne permet pas d'appréhender de telles causes du dumping consistant en des pratiques anticoncurrentielles dont le dumping ne serait qu'un effet indirect, que ce pays ait adopté la théorie de l'effet³⁴⁴ ou que son critère d'applicabilité du droit antitrust soit celui de l'« *effet qualifié* »³⁴⁵ – autrement dit de l'effet direct, substantiel et prévisible³⁴⁶. Elle est insuffisante également si le critère retenu est celui de la mise en œuvre³⁴⁷, sauf lorsque la pratique de dumping constitue également une pratique anticoncurrentielle alors adoptée à l'étranger mais appliquée dans le pays d'importation³⁴⁸.

La coopération dans l'application des droits antitrust des pays d'importation et d'exportation concernés est généralement insuffisante. Tel est clairement le cas du

³⁴⁴ S'agissant de l'Union, « *tout en affirmant régulièrement leur adhésion à la théorie de l'effet, les autorités communautaires se montrent très réticentes à la mettre en œuvre* » (Louis VOGEL, *Droit européen de la concurrence*, Paris, Lawlex, JuriScience 2010, 985 p. ; ici p. 28-29).

³⁴⁵ V. les conclusions de l'avocat général DARMON du 25 mai 1988 sur CJCE, 27 septembre 1988, *A. Ahlström Osakeyhtiö e.a. c/ Commission (Pâte de bois)*, aff. jtes 89, 104, 114, 116, 117 et 125 à 129/85, *Rec.* p. 5193 (pt 50) ; v., également, notamment, Laurence IDOT, *Le contrôle des pratiques restrictives de concurrence dans les échanges internationaux*, thèse (dactyl.), Paris II, 1981 ; spéc. n° 93-98.

³⁴⁶ Qui, en écartant l'effet indirect, pourrait conduire à l'inapplicabilité du droit antitrust communautaire aux pratiques anticoncurrentielles à l'origine du dumping, si l'on considère indirect les effets (préjudice causé par le dumping) ressentis dans la Communauté.

³⁴⁷ Critère qui semble celui préféré par la Cour de justice : CJCE, 27 septembre 1988, *A. Ahlström Osakeyhtiö e.a. c/ Commission (Pâte de bois)*, aff. jtes 89, 104, 114, 116, 117 et 125 à 129/85, préc. (pt 16). Le Tribunal a, par la suite, accepté la doctrine de l'effet en matière de contrôle de concentrations (TPICE, 25 mars 1999, *Gencor Ltd c/ Commission*, aff. T-102/96, *Rec.* p. II-753 ; v. Laurence IDOT, « Le tribunal et le contrôle des concentrations : à propos des arrêts Gencor et Generali de mars 1999 », *Europe*, mai 1999, chron. p. 4) et aucune raison ne s'opposerait à ce qu'elle soit reprise dans le cadre des articles 101 et 102 TFUE (v. Ali NIKPAY, Lars KJØLBYE et Jonathan FAULL, « Chapter 3: Article 81 », in : Jonathan FAULL et Ali NIKPAY (éd.), *The EC Law of Competition*, 2^{ème} éd., préc. : spéc. p. 289).

³⁴⁸ Par exemple une entente conclue dans un pays d'exportation en vue d'exporter à prix de dumping, car la concertation ainsi adoptée sur les prix des marchandises exportées serait mise en œuvre dans le pays d'importation, ou la pratique d'un producteur-exportateur dominant sur son marché domestique qui vendrait à prix de dumping dans l'Union et abuserait, ainsi, sur le marché de l'Union, de sa position dominante sur le marché d'exportation. Il faudrait, à cette fin, considérer les liens entre les deux marchés géographiques distincts suffisant (domination et abus n'étant pas constatés sur un seul et même marché pertinent, mais sur des marchés géographiques distincts).

principe de courtoisie négative ou passive (*negative comity*)³⁴⁹. En revanche la mise en œuvre de la courtoisie positive ou active (*positive comity*) paraît partiellement apte à remplacer l'application de la législation antidumping lorsque les droits antitrust des deux pays en cause convergent, voire s'harmonisent³⁵⁰. En effet, la courtoisie positive³⁵¹ peut conduire à l'application du droit antitrust du pays exportateur à l'encontre d'éventuelles causes anticoncurrentielles sous-jacentes au dumping constaté par le pays importateur³⁵². Fondée sur l'application du droit antitrust d'un pays tiers – dans notre problématique celui du producteur-exportateur pratiquant le dumping – la courtoisie active ne peut, cependant, permettre d'appréhender tous les comportements anticoncurrentiels à l'origine d'une pratique de dumping³⁵³.

³⁴⁹ Ce principe implique seulement la prise en compte par une partie, dans l'application de ses propres règles de concurrence, des intérêts importants de l'autre partie et ne permet pas au pays importateur de déclencher l'application du droit antitrust du pays exportateur. Selon l'OCDE (*CLP report on positive comity*, 1999, spéc. p. 18), ce principe implique également la notification d'une telle application par la première partie à la seconde dernière lorsque cette mise en œuvre peut avoir une incidence sur les intérêts de cette dernière.

³⁵⁰ À cet égard, le cas des relations entre la Communauté et la Turquie est intéressant. Outre qu'elle prévoit une procédure de courtoisie active, la décision n° 1/95 du Conseil d'association CE-Turquie du 22 décembre 1995 relative à la mise en place de la phase définitive de l'union douanière exige de la Turquie l'adoption d'une législation en matière de concurrence compatible avec celle de la Communauté et effectivement appliquée par une autorité de la concurrence à créer (*JOCE L 35*, 13 février 1996, p. 1 ; v. articles 39 et 43).

³⁵¹ Une clause de courtoisie positive existe dans plusieurs accords conclus par l'Union avec des pays tiers, tels que l'accord entre les Communautés et les États-Unis d'Amérique de 1991, complété et renforcé par un second accord conclu en 1998 (*JOCE L 173*, 18 mai 1998, p. 26) ; l'accord avec le gouvernement du Canada (*JOCE L 175*, 10 juillet 1999, p. 50) ; l'accord avec le gouvernement du Japon (*JOUE L 183*, 22 juillet 2003, p. 12) ; l'accord avec le gouvernement de la République de Corée (*JOUE L 202*, 4 août 2009, p. 36).

³⁵² Lorsqu'elle est prévue dans un accord, elle permet à l'une des parties de solliciter de l'autre partie que cette dernière engage une procédure d'application de son droit de la concurrence et qu'elle prenne les mesures appropriées, prévues par ce droit, contre un comportement anticoncurrentiel, selon ce dernier, perpétré sur son territoire mais affectant des intérêts importants de la première partie : v. OCDE, *CLP report on positive comity*, 1999.

³⁵³ Tel est le cas, par exemple, lorsque le droit antitrust du pays tiers exportateur diffère du droit antitrust du pays importateur et ne prohibe pas une pratique qui le serait selon les critères de ce dernier. Par ailleurs, des droits de pays exportateurs, à l'instar de celui de l'Union, ne sanctionnent pas des pratiques à l'origine du dumping, telles que les ententes à l'exportation. Ainsi, une entente à l'exportation entre des entreprises européennes, en vue de pratiquer le dumping dans un pays tiers, à supposer qu'elle n'ait pas également d'effet restrictif de concurrence dans le marché intérieur et n'affecte pas le commerce entre États membres, n'est pas appréhendée par le droit antitrust de l'Union. Fut notamment considérée comme n'affectant pas le commerce entre États membres une interdiction d'exporter hors du marché commun imposée à des revendeurs, dès lors que la réimportation était économiquement improbable (décision n° 70/332/CEE de la Commission, du 30 juin 1970, relative à une procédure d'application de l'article 85 du traité CEE (VI/24055 – *Kodak*), *JOCE L 147*, 7 juillet 1970, p. 24). Dans ses *Lignes directrices relatives à la notion d'affectation du commerce figurant aux articles 81 et 82 du traité* (*JOUE C 101*, 27 avril 2004, p. 81 ; paragraphe 109), la Commission explique que, pour que la réimportation soit possible et probable en l'absence de l'accord, un différentiel de prix sensible doit exister entre les prix sur le marché intérieur et les prix pratiqués à l'extérieur de celui-ci, pour ne pas être érodé par les frais de réimportation

76. L'adoption des normes internationales de concurrence d'effet direct propres à l'espace économique à l'intérieur duquel l'instrument antidumping est abandonné, est la seule forme d'internationalisation du droit de la concurrence qui permette, dans la perspective de l'Union européenne, l'abandon de cet instrument de défense commerciale.

Or elle ne prévaut, pour l'instant, que dans les cadres régionaux de l'Union³⁵⁴ et de l'EEE³⁵⁵. L'application de telles normes y est confiée soit à une seule autorité

(droits de douanes, frais de transport...), et les quantités exportées doivent être importantes par rapport au marché total de ces produits sur le marché intérieur. Tel pourrait être le cas d'une pratique de dumping de la part d'entreprises européennes.

La tolérance européenne pour les *pures* ententes à l'exportation n'est pas originale. Les États-Unis (avec le *Webb-Pomerene Act* adopté en 1918. V., à cet égard, Paul VICTOR, « Export Cartels : an Idea whose Time has Passed », *Antitrust L. J.*, vol. 60, n° 2, 1992, p. 571-581), le Japon, le Canada et l'Australie notamment, disposent de règles qui accordent à de telles ententes une forme de protection ou d'immunité contre les prohibitions antitrust. D'ailleurs, la Recommandation de l'OCDE de 1998 sur les ententes injustifiables (*hard-core cartels*) permet l'exclusion de la définition de celles-ci des ententes à l'exportation (*recommandation du Conseil concernant une action efficace contre les ententes injustifiables*, 25 mars 1998 - C(98)35/FINAL).

Cette tolérance de droits antitrust nationaux ou régionaux envers certaines ententes pourtant néfastes, qui contraste notamment avec l'action de la Commission contre les cartels internationaux, ne devrait pas être reprise dans un accord établissant des règles de concurrence internationale. Mais les discussions au sein du Groupe de travail sur l'interaction du commerce et de la politique de concurrence de l'OMC ont souligné les divergences d'approches des Membres s'agissant de la nocivité concurrentielle des ententes à l'exportation. Sur ces questions, v. Paul VICTOR, « Export Cartels : an Idea whose Time has Passed », préc., qui appelle à la conclusion d'un accord international portant sur l'abrogation des diverses formes d'immunité accordée aux cartels d'exportation ; v., également, sur les protections accordées par certains pays aux ententes à l'exportation et leur critique : Aditya BHATTACHARJEA, « Export Cartels – A Developing Country Perspective », *JWT*, vol. 38, n° 2, 2004, p. 331-359 ; la réponse de John R. MAGNUS, « Joint Export Trade Provisions in Antitrust Laws : A supporter's Perspective », *JWT*, vol. 39, n° 1, 2005, p. 181-184 ; et la réplique d'Aditya BHATTACHARJEA, « A Response to John Magnus on Joint Export Trade », *JWT*, vol. 39, n° 1, 2005, p. 185-186.

³⁵⁴ À cet égard, il peut être souligné que les pays candidats à l'adhésion à l'Union – adhésion qui emporte suppression de l'instrument antidumping dans les relations économiques du nouvel État membre avec les États déjà membres – doivent adopter une législation nationale compatible avec l'acquis communautaire, mettre en place les capacités administratives nécessaires et afficher un bilan sérieux en termes d'application de cette législation (v., en dernier lieu, le document de travail des services de la Commission accompagnant le rapport de la Commission sur la politique de concurrence 2010, SEC(2011) 690 final, 10 juin 2011, 135 p. ; spéc. p. 129). Un tel alignement (qui concerne aussi les pays des Balkans occidentaux, *candidats potentiels* à l'adhésion) de leurs règles de concurrence permet que soit vérifiée, au moment de l'adhésion, la condition *concurrentielle* permettant l'abandon de l'instrument antidumping.

³⁵⁵ L'accord EEE comporte « l'établissement d'un régime assurant que la concurrence n'est pas faussée et que les règles y afférentes sont respectées de façon égale » (article 1^{er}, paragraphe 2, e)) ; il contient des dispositions en matière de concurrence similaires aux articles 101, 102, 106, 107 et 108 TFUE (articles 53 (ententes), 54 (abus de position dominante), 59 (entreprises publiques) et 61 et 62 (aides d'État)), ainsi qu'un système de contrôle des concentrations (article 57) ; ces règles sont d'effet direct et immédiat. Cet accord a, ainsi, réalisé une extension du droit communautaire de la concurrence au cadre géographique élargi que constitue l'EEE, ce droit *régional* de la concurrence

compétente pour tout le territoire couvert par l'accord liant les États concernés (cas de l'Union, où la Commission et les ANC forment un réseau d'autorités chargées de cette mise en œuvre), soit à plusieurs autorités entre lesquelles une répartition des compétences est organisée (cas de l'EEE, entre la Commission européenne et l'Autorité de surveillance AELE)³⁵⁶. À l'échelon mondial, en matière d'adoption de normes internationales de concurrence, applicables aux échanges internationaux, doublées d'un système de mise en œuvre effectif, la tentative à ce jour la plus aboutie, mais avortée, est la Charte de la Havane³⁵⁷. Cette dernière proposait la création d'un droit international de la concurrence dont la mise en œuvre aurait été confiée, pour partie, à une organisation internationale (l'OIC – Organisation internationale du commerce). Suite à cet échec, les seules réalisations internationales en matière de normes de concurrence, au-delà des dispositions relatives à la concurrence qui peuvent être découvertes dans les accords de l'OMC³⁵⁸, sont les instruments de *soft law* classiques et modernes, les premiers élaborés dans les cadres de l'OCDE³⁵⁹ et de la CNUCED³⁶⁰, les seconds créés au sein d'enceintes nouvelles d'acteurs du droit de la concurrence, tels que les réseaux européen et international de

étant applicable aux pratiques « *affectant le commerce entre les parties contractantes* » (v. articles 53 et 54).

³⁵⁶ Par ailleurs, les accords Euromed signés avec la Tunisie, le Maroc, Israël, la Jordanie, l'Égypte et le Liban, contiennent des règles, dont l'effet direct demeure incertain, déclarant incompatibles avec leur fonctionnement les ententes, les abus de position dominante et, sauf le cas des accords avec l'Algérie et le Liban, les aides publiques, et prévoient l'adoption, par le conseil ou comité d'association ou comité mixte qu'ils instituent, des réglementations nécessaires à la mise en œuvre des règles de concurrence qu'ils contiennent.

³⁵⁷ Bien que signée par 53 États membres de l'ONU et adoptée le 24 mars 1948 dans le cadre de la conférence des Nations Unies sur le Commerce et l'Emploi, suite à l'opposition du Congrès américain issu des élections de 1950, elle ne lui a jamais été soumise à ratification, ce qui en pratique a conduit à la mort de l'accord (v. Nicolas LIGNEUL, *L'élaboration d'un droit international de la concurrence entre les entreprises*, thèse, Bruxelles, Bruylant-Éditions de l'Université de Bruxelles, 2001, 382 p. ; spéc. p. 24 et s).

³⁵⁸ V. Nicolas LIGNEUL, *L'élaboration d'un droit international de la concurrence entre les entreprises*, *op. cit.* ; spéc. p. 62-81. L'auteur inclut la réglementation antidumping dans ces règles de droit de la concurrence du système OMC, ce qui semble critiquable. Il vise, par ailleurs, les règles applicables aux entreprises commerciales d'État (article XVII du GATT), des dispositions de l'Accord sur les Mesures d'Investissement liées au commerce, de l'Accord Général sur le Commerce des Services, de l'Accord sur les Aspects des Droits de Propriété intellectuelle qui touchent au Commerce, de l'Accord sur les Marchés public et de l'Accord sur l'agriculture.

³⁵⁹ Les recommandations de l'OCDE.

³⁶⁰ Les codes de conduite de la CNUCED.

concurrence (REC et RIC)³⁶¹. Quant à l'élaboration d'un véritable droit international de la concurrence, que de nombreux auteurs appellent de leurs vœux³⁶², l'abandon de l'ambition de conclure un accord sur la concurrence dans le cadre de l'OMC à l'occasion du Cycle de Doha a reporté à un prochain cycle de négociations la perspective de voir signé un tel accord multilatéral, ou seulement plurilatéral³⁶³.

§ II. La promotion de la loyauté par le droit de la concurrence

77. L'objectif premier des règles de concurrence de l'Union est la protection de la liberté de la concurrence et le maintien d'une concurrence effective, dans l'intérêt ultime des consommateurs. Cependant, s'ajoutant à cet objectif essentiel, la loyauté dans la concurrence apparaît non seulement comme une finalité compatible avec le droit de la concurrence de l'Union, notamment lorsqu'elle est promue par les droits internes des États membres, mais aussi comme l'une de ses préoccupations. Dans ce

³⁶¹ Distinction empruntée à Laurence IDOT : la *soft law classique* est élaborée au sein d'organisations internationales où interviennent des États (OCDE et CNUCED) ; la *soft law moderne* est produite au sein d'enceintes réunissant des acteurs du droit de la concurrence, en particulier des autorités de concurrence (REC (ou ECN) et RIC (ou ICN)), mais aussi des « pouvoirs privés économiques » (v. Laurence Idot, « Rapport conclusif », in : Walid ABDELGAWAD (dir.), *Mondialisation et droit de la concurrence, Les réactions normatives des États face à la mondialisation des pratiques anticoncurrentielles et des opérations de concentrations*, Actes du colloque des 14 et 15 juin 2007 à Dijon, Paris, Litec/LexisNexis, coll. Travaux du CREDIMI, vol. 30, 2008, 533 p., p. 505-526).

L'ICN produit, notamment, des *recommended practices* ou *pratiques recommandées*. Ce réseau informel de 112 autorités de concurrence de 99 pays, dont l'un des objectifs est la convergence procédurale et substantielle des droits antitrust, n'a pas pour ambition la préparation d'un accord international sur la concurrence : v. *Memorandum on the Establishment and Operation of the International Competition Network* (<http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc579.pdf>) et John FINGLETON, « The International Competition Network : Planning for the Second Decade », 9th Annual Conference in Istanbul, Turquie, 27-29 avril 2010 (<http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc617pdf>).

³⁶² V., notamment, Nicolas LIGNEUL, *L'élaboration d'un droit international de la concurrence entre les entreprises*, *op. cit.* ; Walid ABDELGAWAD, « Jalons de l'internationalisation du droit de la concurrence : vers l'éclosion d'un ordre juridique mondial de la *Lex economica* », *RIDE*, 2001, p. 161-196 ; Andreas HEINEMANN, « La nécessité d'un droit mondial de la concurrence », *RIDE*, 2004, p. 293-324 ; Ali CENK KESKIN, *Pour un nouveau droit international de la concurrence*, Paris, L'Harmattan, 2009, 626 p.

³⁶³ Sur les perspectives de conclusion d'un accord obligatoire sur la concurrence dans le cadre de l'OMC, v. notamment : Walid ABDELGAWAD, « Les règles de concurrence dans les accords de l'OMC : le déséquilibre d'un système de libre-échange sans police des marchés », in : ABDELGAWAD (Walid) (dir.), *Mondialisation et droit de la concurrence, Les réactions normatives des États face à la mondialisation des pratiques anticoncurrentielles et des opérations de concentrations : actes du colloque des 14 et 15 juin 2007 à Dijon*, *op. cit.*, p. 237-267 ; et Pierre ARHEL, « La tentative d'élaboration d'un accord multilatéral ou plurilatéral : les leçons tirées des travaux du groupe de travail de l'OMC en matière de concurrence », in : ABDELGAWAD (Walid) (dir.), *Mondialisation et droit de la concurrence, Les réactions normatives des États face à la mondialisation des pratiques anticoncurrentielles et des opérations de concentrations : actes du colloque des 14 et 15 juin 2007 à Dijon*, *op. cit.*, p. 269-278.

dernier cas, la loyauté se présente comme un objectif à la réalisation duquel participent de manière secondaire³⁶⁴ les règles de concurrence de l'Union. Comme indiqué en introduction à ce chapitre³⁶⁵, ces développements ne porteront pas seulement sur le droit antitrust de l'Union. D'autres règles de concurrence seront envisagées, voire des normes qui, bien que n'appartenant pas au *droit de la concurrence*, sont relatives à la concurrence.

Ainsi, la réception de l'exigence de loyauté peut être mise en évidence dans les prohibitions de certains comportements anticoncurrentiels d'entreprises (A.), ainsi que dans le contrôle de certaines actions des États membres (B.)³⁶⁶.

A. La promotion par la prohibition de certains comportements d'entreprises

78. Par certains aspects, l'interdiction des abus de position dominante (2°) et, à un niveau moindre, la prohibition des ententes (1°) assurent, outre l'existence de la concurrence et son libre jeu, la promotion d'une certaine loyauté dans la compétition entre entreprises. Elles contribuent à un équilibre, à une certaine égalité dans la concurrence entre les acteurs du marché pertinent et dans leurs relations avec leurs clients, utilisateurs intermédiaires ou consommateurs finals³⁶⁷.

1° La loyauté promue par la prohibition des ententes anticoncurrentielles

79. L'article 101 TFUE est l'archétype de la disposition protectrice de l'existence d'une concurrence libre. Ayant pour « *objectif de préserver la concurrence sur le marché afin d'accroître le bien-être du consommateur et d'assurer une répartition efficace des ressources* », l'article 101, paragraphe 1, sanctionne la coordination de comportements et la collusion entre entreprises, situations dans lesquelles soit « *au moins une entreprise s'engage envers une autre entreprise à adopter un certain comportement sur le marché* », soit « *par suite de contacts entre [au moins deux*

³⁶⁴ Par opposition avec l'objectif premier qui serait la promotion de la liberté de la concurrence et avec l'objectif supplémentaire que constitue l'intégration des marchés.

³⁶⁵ V. *supra*, n° 23.

³⁶⁶ À noter que l'objectif de concurrence loyale ressortait sans doute, également, des dispositions de l'ancien article 91 CE, aujourd'hui abrogé, relatif au dumping intra-communautaire, lequel faisant partie du chapitre intitulé *Les règles de concurrence*.

³⁶⁷ Ainsi, Etienne CEREXHE écrivait que la politique de concurrence, « *élément dynamique du fonctionnement du Marché commun [...] est faite de liberté, d'égalité et de loyauté* » ; « L'interprétation de l'article 86 du Traité de Rome et les premières décisions de la Commission », *CDE*, 1972, p. 272-298 ; ici p. 272.

entreprises], *l'incertitude entourant leur comportement sur le marché [est] éliminée ou du moins substantiellement réduite* »³⁶⁸. Cette disposition se préoccupe de la liberté des entreprises sur le marché et prohibe les limites à leur liberté d'action³⁶⁹. Elle vise les comportements collectifs qui réduisent l'intensité de la concurrence, la rivalité entre entreprises, soit entre les parties à la concertation ou collusion, soit entre ces dernières et des tiers.

L'intensité de la rivalité entre les entreprises présentes sur le marché pertinent, l'autonomie de chaque entreprise dans la détermination de son comportement sur ce marché, bien que finalité première de l'article 101 du traité, n'en est cependant pas la seule. Ainsi la Cour de justice a-t-elle relevé que cette disposition « *en son ensemble, doit être ainsi replacé[e] dans le cadre des dispositions du préambule du traité qui l'éclairent et notamment de celles relatives à "l'élimination des barrières" et à la "loyauté dans la concurrence" nécessaires à la réalisation de l'unité du marché* »³⁷⁰. Au-delà de la protection de la libre concurrence et, également, de la réalisation d'un marché intérieur intégré³⁷¹, l'article 101 contribue à la loyauté dans la concurrence, aussi nécessaire à la réalisation du marché unique que l'élimination des barrières et la liberté dans la concurrence.

80. La contribution de l'article 101 TFUE à la loyauté de la concurrence s'inscrit dans la conception équitable³⁷² de celle-là. Elle apparaît dans deux exemples de restrictions visées au paragraphe 1 : l'application, « *à l'égard de partenaires commerciaux, des conditions inégales à des prestations équivalentes en leur infligeant de ce fait un désavantage dans la concurrence* »³⁷³ et la subordination de « *la conclusion de contrats à l'acceptation, par les partenaires, de prestations supplémentaires qui, par leur nature ou selon les usages commerciaux, n'ont pas de*

³⁶⁸ Comm. eur., *Lignes directrices concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3, du traité*, préc. (paragraphe 13 et 15).

³⁶⁹ Limites à la liberté d'action dont les effets restrictifs de concurrence ne sont pas inhérents aux objectifs qu'elles poursuivent, au sens de la jurisprudence *Wouters* : CJCE, 19 février 2002, *Wouters e.a.*, aff. C-309/99, *Rec. p. I-1577* (pt 97).

³⁷⁰ CJCE, 14 juillet 1966, *Italie/Commission*, aff. 32/65, *Rec. p. 563* (spéc. p. 589).

³⁷¹ V., *supra*, n° 41 et s. et n° 46 et s.

³⁷² V., *supra*, n° 56.

³⁷³ Article 101, paragraphe 1, d), TFUE. Les parties à l'accord imposent à certains de leurs partenaires des conditions défavorables par rapport à celles accordées à d'autres clients concurrents des premiers ; entre les partenaires défavorisés et les partenaires favorisés, la concurrence ne s'exerce alors plus, ou plus seulement, par les mérites ; l'égalité des armes est rompue dans le cadre d'une entente.

lien avec l'objet de ces contrats »³⁷⁴. Hors de ces exemples de restrictions de concurrence, l'exigence de loyauté affleure dans l'applicabilité de l'article 101, paragraphe 1, à un accord de distribution sélective³⁷⁵. Elle se manifeste également dans le cadre de l'exemption individuelle prévue à l'article 101, paragraphe 3³⁷⁶.

Mais tenir compte de la loyauté ne permet pas de justifier une restriction de concurrence, la Commission estimant que « *l'argument affirmant que des accords restrictifs sont justifiés parce qu'ils visent à assurer des conditions de concurrence équitables sur le marché est, par nature, dénué de fondement et doit être rejeté* »³⁷⁷.

2° La loyauté promue par l'interdiction des abus de position dominante

81. L'article 102 TFUE vise deux catégories d'abus dans la notion d'exploitation abusive d'une position dominante : les abus d'exploitation – ou abus de

³⁷⁴ Article 101, paragraphe 1, e), TFUE. Les parties imposent à leurs partenaires des conditions contraaires aux usages commerciaux, autrement dit des conditions déloyales : un certain degré de pouvoir de marché étant nécessaire pour imposer ces conditions, il semble s'agir de *loyauté équité*, bien que l'aspect moral – morale des affaires – de la loyauté puisse être décelé dans la référence aux usages commerciaux.

³⁷⁵ En effet, un système de distribution sélectif purement qualitatif ne relève pas de l'article 101, paragraphe 1, faute d'effets préjudiciables sur la concurrence, si trois conditions sont satisfaites, l'une d'elles étant la sélection des revendeurs sur la base de critères objectifs qualitatifs, uniformes, connus de tous et appliqués de façon non discriminatoire. Le fournisseur doit avoir une attitude équitable, loyale, à l'endroit des distributeurs potentiels dont la sélection ne doit pas être arbitraire. V. Comm. eur., *Lignes directrices sur les restrictions verticales* (JOCE C 291, 13 octobre 2000, p. 1 (paragraphe 185) et Comm. eur., *Lignes directrices sur les restrictions verticales* (JOUE C 130, 19 mai 2010, p. 1 (paragraphe 175)).

³⁷⁶ Une illustration peut être trouvée dans le règlement concernant l'application de l'article 101, paragraphe 3, aux accords dans le secteur des assurances. L'exemption des accords concernant la compilation et la diffusion en commun d'informations pour la préparation de compilations ou de tables, ainsi que ceux relatifs à la réalisation en commun d'études et à la diffusion de leurs résultats, est subordonnée à la condition que ces compilations, tables ou résultats d'études soient fournis à toute entreprise d'assurance qui en demande une copie, ainsi qu'aux organisations de consommateurs ou de clients, à des « *conditions raisonnables, abordables et non discriminatoires* » ; règlement (UE) n° 267/2010 de la Commission, du 24 mars 2010, concernant l'application de l'article 101, paragraphe 3, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne à certaines catégories d'accords, de décisions ou de pratiques concertées dans le secteur des assurances, JOUE L 83, 30 mars 2010, p. 1 (article 3, paragraphe 2, d) et e)).

S'agissant des entreprises non parties, de telles exigences d'équité visent à prévenir un désavantage dans la concurrence entre ces dernières. Offertes aux consommateurs et clients, ces garanties écartent un risque d'exploitation de ces derniers ou d'inégalité de traitement, pourtant sans incidence sur la concurrence. Ainsi, une *brume* de loyauté semble décelable dans ces conditions d'exemption.

³⁷⁷ Comm. eur., *Lignes directrices concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3, du traité*, préc. (paragraphe 47).

comportement – et les abus d'exclusion – ou abus de structure³⁷⁸. Les premiers sont le cadre privilégié de la réception de l'idée de loyauté – dans sa conception équitable – en matière d'abus de position dominante. Cette idée ressort nettement de l'un des exemples de comportement abusifs de l'énumération non exhaustive de l'article 102 : la pratique consistant à imposer aux clients des « *conditions de transaction non équitables* »³⁷⁹. À plusieurs reprises³⁸⁰, les institutions européennes ont sanctionné des prix excessifs en tant que prix non équitables³⁸¹. Et un auteur considère que « [l]e comportement loyal est une considération importante au regard de l'article [102] » et que « [l]e meilleur exemple de comportement loyal dans l'article [102] concerne les abus "exploiteurs" comme la fixation de prix excessifs »³⁸². Une certaine prégnance de la loyauté ressort également de l'interdiction de la limitation de « *la production,*

³⁷⁸ Dans l'arrêt *Continental Can* (CJCE, 21 février 1973, *Europemballage Corporation et Continental Can Company Inc. c/ Commission*, aff. 6/72, préc.), à la suite de la Commission dans son Mémoire de 1965 sur la concentration (« Mémoire de la Commission de la Communauté Économique Européenne sur la concentration dans le Marché Commun », *RTD eur.*, 1966, p. 651-677, partie III, B.) et dans sa décision *Continental Can* (décision n° 72/21/CEE de la Commission, du 9 décembre 1971, relative à une procédure d'application de l'article 86 du traité CEE (IV/26 811 – *Continental Can Company*), *JOCE L 7*, 8 janvier 1972, p. 25), la Cour de justice a consacré la notion d'abus de structure en jugeant « susceptible de constituer un abus le fait, par une entreprise dominante, de renforcer cette position au point que le degré de domination ainsi atteint entraverait substantiellement la concurrence », après avoir estimé que l'article 86 CEE (désormais article 102 TFUE) « ne vise pas seulement les pratiques susceptibles de causer un préjudice immédiat aux consommateurs, mais également celles qui leur causent un préjudice en portant atteinte à une structure de concurrence effective, telle que mentionnée à l'article 3, lettre f), du traité » (point 26).

³⁷⁹ Article 102, paragraphe 2, TFUE : « a) imposer de façon directe ou indirecte des prix d'achat ou de vente ou d'autres conditions de transaction non équitables ». D'ailleurs, le vocable anglais *unfair* utilisé dans la version anglaise de cette disposition, s'il est la traduction de *non équitables*, signifie également *déloyal*. Ainsi, dans le préambule du TFUE, l'expression *fair competition* correspond à celle de *concurrence loyale*.

³⁸⁰ V. CJCE, 13 novembre 1975, *General Motors Continental*, aff. 26/75, *Rec.* p. 1367 (pt 12) ; CJCE, 14 février 1978, *United Brands*, aff. 27/76, préc. (pts 250-252) ; CJCE, 11 novembre 1986, *British Leyland*, aff. 226/84, *Rec.* p. 3263 ; CJCE, 4 mai 1988, *Bodson*, aff. 30/87, *Rec.* p. 2479 (pt 31) ; CJCE, 13 juillet 1989, *Tournier*, aff. 395/87, *Rec.* p. 2521 (pt 46) ; CJCE, 13 juillet 1989, *Lucazeau e.a. c/ SACEM*, aff. jtes 110/88, 241/88 et 242/88, *Rec.* p. 2811 (pt 25) ; CJCE, 5 octobre 1994, *Société Civile agricole du Centre d'insémination de la Crespelle c/ Coopérative d'élevage et d'insémination artificielle du département de la Mayenne*, aff. C-323/93, *Rec.* p. I-5077 (pt 25) ; CJCE, 17 juillet 1997, *GT-Link A/S c/ De Danske Statsbaner (DSB)*, aff. C-242/95, *Rec.* p. I-4449 (pt 39) ; CJCE, 11 décembre 2008, *Kanal 5 et TV 4*, aff. C-52/07, *Rec.* p. I-9275 (v. pts 29-40) ; TPICE, 24 mai 2007, *Der Grüne Punkt – Duales System Deutschland GmbH/Commission*, aff. T-151/01, *Rec.* p. II-1607 (pts 119-164 ; spéc. pts 119-121) ; CJCE, 16 juillet 2009, *Der Grüne Punkt – Duales System Deutschland GmbH c/ Commission*, aff. C-385/07 P, *Rec.* p. I-6155 (pts 141-147).

³⁸¹ Pour une critique d'une telle intervention contre des prix déloyaux (en anglais « *unfair prices* »), v. Valentine KORAH, *An Introductory Guide to EC Competition Law and Practice*, 9^{ème} éd., Oxford, Hart Publishing, 2007 (réimpr. 2009), 530 p. ; spéc. p. 200-203.

³⁸² Barry E. HAWK, « A propos de la "concurrence par les mérites" : regards croisés sur l'article 82 CE et la section 2 du Sherman Act », *Concurrences*, n° 3-2005, p. 33-41 ; ici paragraphe 29. Il remarque que « [l]e comportement loyal est difficile à intégrer dans une analyse de la concurrence fondée sur le bien-être et de l'efficacité vus sous l'angle économique mais se conçoit plus facilement si la concurrence est perçue comme une rivalité ou un processus ».

[des] *débouchés ou [du] développement technique au préjudice des consommateurs* », qui vise notamment la cessation prématurée de la production des pièces détachées ou de consommables pour un produit.

82. La catégorie des abus d'exclusion apparaît moins réceptive à l'idée de loyauté. L'avocat général Roemer avait pourtant soutenu que seul le renforcement de la position dominante par « *des moyens déloyaux* » serait visé par l'article 86 CEE (actuellement article 102 TFUE). Il rejetait la thèse de la Commission appliquant cette disposition « *au cas où une entreprise renforce sa puissance sur le marché sans l'utiliser de façon déloyale* »³⁸³. Mais sa conception restrictive de l'abus de structure ne fut pas reprise par la Cour de justice.

La défense d'une certaine loyauté dans la concurrence apparaît toutefois dans certaines décisions sanctionnant des pratiques d'exclusion. Ainsi, à propos des critères de priorité retenus par un vendeur dominant pour fournir ses clients, jugés abusifs par la Commission avec l'aval du Tribunal, ce dernier a souligné que de tels critères « *doivent être objectivement justifiés, dans le cadre du respect des règles qui gouvernent une concurrence loyale entre opérateurs économiques. En effet, l'article [102 TFUE] interdit à une entreprise dominante de renforcer sa position en recourant à des moyens autres que ceux qui relèvent d'une concurrence par les mérites* »³⁸⁴. Par ailleurs, au nom de l'égalité des chances entre concurrents, sont sanctionnées des pratiques d'exclusion telles que celles de compression des marges³⁸⁵.

³⁸³ Conclusions de l'avocat général ROEMER du 21 novembre 1972 sous l'arrêt de la Cour de la Cour du 21 février 1973, *Europemballage Corporation et Continental Can Company Inc. c/ Commission*, aff. 6/72, *Rec.* p. 215 ; ici p. 257 et 259.

³⁸⁴ TPICE, 1^{er} avril 1993, *BPB Industries et British Gypsum c/ Commission*, aff. T-65/89, *Rec.* p. II-389 (pt 94).

³⁸⁵ Validant l'approche du Tribunal, la Cour de justice explique que « *l'égalité des chances implique que [l'entreprise dominante] et ses concurrents au moins aussi efficaces soient placés sur un pied d'égalité sur le marché [aval] et que tel n'est pas le cas si les prix [sur le marché amont] payé à [l'entreprise dominante] ne peuvent être répercutés sur leurs prix de détail pour les services [sur le marché aval] qu'en offrant ces derniers à perte* » : CJUE, 14 octobre 2010, *Deutsche Telekom AG/Commission*, aff. C-280/08 P, *Rec.* p. I-9555 (pt 233). Sur les pratiques de compression des marges ou ciseaux tarifaires, v. *infra* n° 265.

B. La promotion par le contrôle de certaines actions des États membres

83. La réception de l'exigence de loyauté ressort également de plusieurs dispositions relatives à la concurrence visant certaines actions des États membres. Le contrôle des aides d'État (1°) peut, en raison de son importance tant qualitative que quantitative, être³⁸⁶, être séparé des règles qui visent d'autres interventions étatiques, elles aussi susceptibles de fausser l'équité de la compétition entre entreprises (2°).

1° La loyauté promue par le contrôle des aides d'État

84. Conscients de la dangerosité particulière, pour l'intégration du marché commun, des distorsions de concurrence entre États membres engendrées par les avantages artificiels octroyés par ceux-ci au moyen de leurs ressources financières, les *pères fondateurs* de la Communauté mirent en place un système de contrôle *ex ante* des aides d'État³⁸⁷. Le préjugé était que les États « *ne sauraient créer des niches de privilèges pour certaines entreprises ou certains secteurs* »³⁸⁸. De telles interventions étatiques entraînent, en effet, « *une discrimination entre les entreprises bénéficiaires d'aides et celles qui en sont privées et, partant, une atteinte au libre jeu de la concurrence qui devrait caractériser le marché commun* »³⁸⁹. Par l'octroi d'aides, les États « *perturbent [...] artificiellement les forces du marché* » et empêchent les « *entreprises de se concurrencer de manière loyale* »³⁹⁰. D'où un principe d'incompatibilité, traduction d'« *une position de principe défavorable à l'encontre*

³⁸⁶ Qualitative : l'importance des distorsions des échanges provoquées par les aides d'État. Quantitative : le grand nombre d'affaires d'aide d'État instruites par la Commission.

³⁸⁷ Articles 107 à 109 TFUE. Les dispositions procédurales de contrôle sont fixées dans le règlement (CE) n° 659/1999 du Conseil, du 22 mars 1999, portant modalités d'application de l'article 93 du traité CE (désormais article 108 du traité FUE), *JOCE* L 83 du 27 mars 1999, p. 1, et par le règlement (CE) n° 794/2004 de la Commission, du 21 avril 2004, concernant la mise en œuvre du règlement (CE) n° 659/1999 du Conseil portant modalités d'application de l'article 93 du traité CE, *JOUE* L 140, 30 avril 2004, p. 1 (tel que modifié ultérieurement).

³⁸⁸ Vittorio DI BUCCI, « Quelques aspects institutionnels du droit des aides d'État », *Liber Amicorum Francisco Santaolalla Gadea*, 467 p., p. 43-64 ; ici p. 44.

³⁸⁹ Comm. eur., *Droit de la concurrence dans les Communautés européennes - Volume II B : Explication des règles applicables aux aides d'État*, Luxembourg, Office des publications officielles des Communautés européennes, 1997 (ici p. 5). V., également, Marianne DONY, *Contrôle des aides d'État, Commentaire J. Mégret*, 3^{ème} éd., 2007, 529 p. ; spéc. p. 9.

³⁹⁰ V. l'intervention de Jean-Louis COLSON sur le thème « La politique de contrôle des aides d'État est-elle une politique de concurrence ? », au cours des Entretiens du Palais-Royal sur les aides d'État, Paris 14 mars 2008, *Concurrences*, n° 3-2008, p. 6-9 ; ici p. 7.

des aides d'État puisqu'elles sont de nature à déséquilibrer le jeu normal de la concurrence entre entreprises »³⁹¹.

Liberté de la concurrence et loyauté dans la concurrence s'entremêlent dans le contrôle des aides d'État. En favorisant certaines entreprises, les aides déséquilibrent le jeu normal de la concurrence et rompent l'égalité des chances qui doit prévaloir entre les concurrents sur le marché. En ce sens, elles sont un facteur de concurrence déloyale. Par cette faveur sélective, elles perturbent également le libre jeu de la concurrence. En ce sens, elles compromettent la liberté de la concurrence. D'ailleurs, « *l'objectif primordial du contrôle que la Commission est appelée à exercer sur les projets d'aide est de protéger la libre concurrence dans la Communauté »³⁹². Mais en évitant que la libre concurrence ne soit perturbée par certaines interventions étatiques, le contrôle des aides d'État offre également un cadre à la promotion d'une certaine loyauté dans la concurrence entre entreprises sur un même marché³⁹³. Dans un marché qui doit être libre et ouvert, les interventions étatiques au moyen d'aides d'État « *portent atteinte au principe d'équité entre les participants au marché »³⁹⁴. À**

³⁹¹ *Ibid.* ; ici p. 11.

³⁹² Conclusions de l'avocat général RUIZ-JARABO COLOMER sur CJCE, 15 juillet 2004, *Pearle*, aff. C-345/02, *Rec.* p. I-7139 (pt 28). Valérie RABASSA, explique que « *les aides d'État ont un impact au niveau du fonctionnement des marchés, en raison des possibilités de distorsion de concurrence et des échanges qu'elles génèrent* » et qu'« *une politique des aides d'État ambitieuse est nécessaire au bon fonctionnement des marchés* » : « *Quelle place pour l'analyse économique des aides d'État ?(1)* », in : Colloque Concurrences, 8 décembre 2005, Paris, *Concurrences*, n° 1-2006, p. 65-68 ; ici p. 65. Hubert LEGAL souligne que « *l'objet du contrôle des aides d'État [est] à l'évidence de parvenir progressivement à l'élimination des subventions intempestives aux entreprises contrariant à mauvais escient le jeu des forces du marché* » : « *Quelle place pour l'analyse économique des aides d'État ?(2)* », in : Colloque Concurrences, 8 décembre 2005, Paris, *Concurrences*, n° 1-2006, p. 69-73 ; ici p. 70.

³⁹³ Mme Neelie KROES, alors commissaire européen chargé de la concurrence, résumait la finalité de la « *discipline, bien équilibrée, des aides d'États* », dans les termes suivants : elle « *empêche effectivement les interventions étatiques indues qui fausseraient la concurrence fondée sur les mérites, mais elle aide également les États membres à concentrer leur soutien là où il contribuera de la manière la plus efficace à combler les véritables lacunes dans l'intérêt général* » (Neelie KROES, « *La libre concurrence n'est pas une fin en soi...* », *Concurrences*, n° 3-2006, p. 1-2 ; ici p. 1, soulignement ajouté).

³⁹⁴ Marianne DONY, *Contrôle des aides d'État, Commentaire J. Mégret*, 3^{ème} éd., *op. cit.* ; ici p. 10. L'auteur fait référence à l'article de MM. Thibaut KLEINER et Alain ALEXIS, « *Politique des aides d'État : Une analyse économique plus fine au service de l'intérêt commun* », *Concurrences*, n° 4-2005, p. 45-52. Mme DONY explique que cet *a priori* négatif à l'encontre des interventions financières étatiques sur le marché « *permet aussi de comprendre pourquoi, alors que les articles 81 et 82 CE sont présentés comme visant surtout à "protéger la concurrence dans l'intérêt des consommateurs", l'article 87 est décrit quant à lui comme protégeant "les concurrents des entreprises auxquelles des aides sont accordées plutôt que la concurrence en tant que telle"* » (ici p. 10). Cette inclination du droit des aides d'État en faveur des intérêts des concurrents est critiquée par des auteurs qui constatent « *qu'un examen de l'impact des aides d'État sur le surplus du consommateur, qui constituent l'objectif de la politique de concurrence, est absent de la jurisprudence de la Cour et de la pratique décisionnelle de la Commission* », soulignent que

l'inverse, une politique d'aide peut permettre d'assurer des conditions de concurrence loyales dans le marché intérieur, tel qu'en matière de construction navale dans les années 1990³⁹⁵.

85. L'idée de loyauté ressort de plusieurs des conditions dont la cumulative réunion caractérise la présence d'une aide d'État³⁹⁶. Au moyen de la condition d'avantage

*« l'impact négatif des aides sur la concurrence est présumé, sans qu'il soit besoin de recourir à une analyse du surplus du consommateur », estiment que « le droit des aides d'État est largement centré sur le surplus des concurrents, et non sur celui des consommateurs », et concluent que, « si l'on admet l'équivalence entre concurrence et surplus du consommateur, équivalence que la Commission reconnaît en termes explicites, on en conclut que la politique de contrôle des aides d'État, dans son fonctionnement actuel, n'est pas une politique de concurrence » (Stanislas MARTIN et Christophe STRASSE, « La politique communautaire des aides d'État est-elle une politique de concurrence ? », *Concurrences*, n° 3-2005, p. 52-59 ; ici p. 54 et 57). MM MARTIN et STRASSE font référence à un discours de M. Philip LOWE, alors directeur général de la DG concurrence, « Objectives of State aid policy in the European Union and in the international context », Parlement européen, 26 mai 2003 : « *Competition policy aims at promoting competition for the benefit of consumers (either directly or indirectly) ; consumer welfare is the ultimate goal* ». M. Jean-François BELLIS souligne que « l'intérêt du consommateur à obtenir des produits et des services aux prix les plus bas dans les quantités les plus grandes possibles n'est absolument pas pris en compte dans le cadre de l'article 87 CE » alors que c'est l'ultime finalité proclamée du droit antitrust. Visant à « protéger les concurrents des entreprises auxquelles des aides sont octroyées plutôt que la concurrence en tant que telle », il estime que « l'article 87 CE repose sur une conception de la "concurrence loyale" semblable à celle qui sous-tend l'arsenal de mesures de défense commerciale contre les importations faisant l'objet de dumping ou de subventions qui sont largement considérées comme étant de nature essentiellement protectionniste » (Jean-François BELLIS, « Les critères de la distorsion de concurrence et de l'effet sur le commerce interétatique », in : Marianne DONY et Catherine SMITS (éd.), *Aides d'État*, Bruxelles, Édition de l'Université de Bruxelles, 2005, 234 p., p. 97-106 ; ici p. 98).*

³⁹⁵ Aides nécessaires en raison de l'absence de conditions de concurrence normales au niveau international : v. directive du Conseil n° 90/684/CEE, du 21 décembre 1990, concernant les aides à la construction navale, *JOCE* L 380, 31 décembre 1990, p. 27.

³⁹⁶ Conditions partiellement énumérées à l'article 107 TFUE et précisées par la Cour de justice à qui a incombé la tâche de définir la notion d'aide et de préciser les contours de l'article 107 TFUE. De la jurisprudence il résulte que la qualification d'aide d'État d'une mesure nationale requiert que plusieurs conditions soient cumulativement remplies : intervention de l'État ou au moyen de ressources d'État (non seulement l'avantage doit être accordé directement ou indirectement au moyen de ressources d'État mais il doit également être imputable à l'État), avantage pour une entreprise (ce qui implique la sélectivité du soutien étatique), incidence sur les échanges entre États membres, et distorsion de concurrence. La plupart des arrêts qui énoncent ces conditions les fixent explicitement au nombre de quatre, mais ils n'identifient pas toujours les mêmes. Ainsi, dans plusieurs arrêts, dont le célèbre arrêt *Altmark* (CJCE, 23 juillet 2003, *Altmark*, aff. C-280/00, *Rec.* p. I-7747), la Cour de justice explique, dans une formule souvent reprise dans des arrêts ultérieurs (v., par exemple, CJCE, 15 juillet 2004, *Pearle*, aff. C-345/02, *préc.*, pt 33), que l'actuel article 107, paragraphe 1, TFUE, « énonce les conditions suivantes. Premièrement, il doit s'agir d'une intervention de l'État ou au moyen de ressources d'État. Deuxièmement, cette intervention doit être susceptible d'affecter les échanges entre États membres. Troisièmement, elle doit accorder un avantage à son bénéficiaire. Quatrièmement, elle doit fausser ou menacer de fausser la concurrence » (pt 74). Dans l'arrêt *Air Liguide*, la Cour présente différemment les conditions nécessaires pour qu'une mesure soit considérée comme une aide d'État, en expliquant qu'il convient d'examiner les « conditions auxquelles l'article 87, paragraphe 1, CE subordonne la qualification d'aide d'État d'une mesure nationale, à savoir le financement d'une telle mesure par l'État ou au moyen de ressources d'État, l'existence d'un avantage pour une entreprise, la sélectivité de ladite mesure ainsi que l'incidence de cette

conférée à une ou plusieurs entreprises est vérifié si la mesure étatique est « susceptible de favoriser directement ou indirectement des entreprises » ou si elle est « considérée comme un avantage économique que l'entreprise bénéficiaire n'aurait pas obtenu dans des conditions normales de marché »³⁹⁷. Sur le marché concerné, l'entreprise bénéficiaire d'une aide est avantagée par rapport à ses concurrentes exposées, par suite, à une forme de concurrence inéquitable. La condition de sélectivité de l'aide témoigne aussi de la présence de l'idée de déloyauté. N'est qualifiée d'aide qu'une mesure qui ne bénéficie qu'à certaines entreprises et rompt, ainsi, l'équité dans la concurrence sur le marché pertinent. Ce caractère sélectif différencie les aides d'État des mesures générales de soutien économique, qui s'appliquent à toutes les entreprises de l'ensemble des secteurs d'activités de l'économie d'un État membre. La condition de l'affectation des échanges entre États membres reflète également l'appréhension, partielle, d'une certaine forme de déloyauté, cette fois dans le commerce entre États membres et, par suite, dans la concurrence entre entreprises établies dans différents États membres³⁹⁸.

dernière sur les échanges entre États membres et la distorsion de concurrence résultant de celle-ci » (CJCE, 15 juin 2006, *Air Liquide Industries Belgium SA/Ville de Seraing et Province de Liège*, aff. jtes C-393/04 et C-41/05, *Rec.* p. I-5293, pt 28). Dans cet arrêt, la condition de sélectivité est isolée alors que les conditions, distinctes, d'affectation des échanges et de distorsion de concurrence, sont réunies en une seule. Cette réunion, cette confusion d'un préalable qui s'apparente à un critère de compétence et d'une condition qui constitue un critère substantiel, apparaît également dans des documents produits par la Commission (v. le *Plan d'action dans le domaine des aides d'État, Des aides moins nombreuses et mieux ciblées : une feuille de route pour la réforme des aides d'État 2005-2009*, COM(2005) 107 final, paragraphes 19, 20 et 22). L'évidence du lien entre ces deux critères a été limpide soulignée par l'avocat général CAPOTORTI dans ses conclusions sous l'arrêt *Philip Morris* (CJCE, 17 septembre 1980, *Philip Morris Holland BV c/ Commission*, aff. 730/79, *Rec.* p. 2671, conclusions, p. 2693 ; spéc. p. 2697) : « [l]e lien entre le facteur de l'incidence sur les échanges intracommunautaires et celui de la distorsion de la concurrence est évident : on peut ramener l'un et l'autre au critère selon lequel les aides sont interdites dans la mesure où elles faussent le libre jeu du marché commun, la liberté et la spontanéité des courants d'échanges entre les États membres ».

³⁹⁷ CJCE, 23 juillet 2003, *Altmark*, aff. C-280/00, préc. (pt 84).

³⁹⁸ Ainsi la Cour de justice a-t-elle relevé que, « lorsqu'un État membre accorde une subvention publique à une entreprise, la fourniture de services de transport par ladite entreprise peut s'en trouver maintenue ou augmentée, avec cette conséquence que les chances des entreprises établies dans d'autres États membres de fournir leurs services de transport sur le marché de cet État sont diminuées » (CJCE, 23 juillet 2003, *Altmark*, aff. C-280/00, préc., pt 78, soulignement ajouté).

Enfin, l'objectif de loyauté apparaît dans l'exigence de récupération³⁹⁹ des aides d'État illégales⁴⁰⁰ qui prive les allocataires de telles aides de l'avantage dont ils avaient bénéficié sur leurs concurrents et rétablit ainsi les conditions loyales de concurrence prévalant antérieurement à l'intervention étatique.

86. S'il ressort de plusieurs aspects de la notion d'aide et du contrôle des aides d'État, l'objectif de loyauté n'y est pas absolu. Les multiples possibilités de dérogations au principe d'incompatibilité des aides d'États⁴⁰¹ – par la reconnaissance de leur compatibilité avec le marché commun, dans une décision de la Commission ou par application d'un règlement – illustrent la primauté d'autres finalités d'intérêt commun, telles que la protection de l'environnement. Par ailleurs, n'appréhendant que les mesures de soutien spécifiques, l'encadrement des aides d'État ignore les mesures générales par lesquelles des avantages peuvent être accordés à toutes les entreprises d'un secteur économique. Certaines de ces mesures peuvent, néanmoins, faire l'objet d'une action communautaire.

2° La loyauté promue par le contrôle d'autres interventions étatiques

87. L'intervention des pouvoirs publics dans le processus concurrentiel dépasse largement le cadre des seules aides d'État au sens de l'article 107 TFUE. Des mesures générales peuvent fausser la concurrence entre États membres et l'égalité des conditions de concurrence empêchée par de telles mesures ne saurait être neutralisée

³⁹⁹ Dès 1983, par une communication publiée au *JOCE*, la Commission a informé « les bénéficiaires potentiels d'aides d'État du caractère précaire des aides qui leur seraient octroyées illégalement, en ce sens que tout bénéficiaire d'une aide octroyée illégalement, c'est-à-dire sans que la Commission ait abouti à une décision définitive sur sa compatibilité, peut être amené à restituer l'aide » (*JOCE* C 318, 24 novembre 1983 p. 3). Cet avertissement a été converti en un principe par l'article 14, paragraphe 1, du règlement (CE) n° 659/1999, préc., qui dispose : « En cas de décision négative concernant une aide illégale, la Commission décide que l'État membre concerné prend toutes les mesures nécessaires pour récupérer l'aide auprès de son bénéficiaire ».

⁴⁰⁰ Sont illégales les aides octroyées en violation de l'obligation de suspension et/ou de suspension tandis que sont abusives celles utilisées en violation d'une décision déclarant un projet d'aide compatible (décision de ne pas soulever d'objection, décision positive et décision conditionnelle ; v. article premier du règlement (CE) n° 659/1999 du Conseil, du 22 mars 1999, portant modalités d'application de l'article 93 du traité CE, *JOCE* L 83, 27 mars 1999, p. 1.

⁴⁰¹ Ainsi que l'exception au principe de récupération : non récupération lorsqu'elle irait à l'encontre d'un principe général du droit communautaire ; v. article 14, paragraphe 1, du règlement (CE) n° 659/1999, préc., qui dispose que « [l]a Commission n'exige pas la récupération de l'aide si, ce faisant, elle allait à l'encontre d'un principe général du droit communautaire », tels que le principe de confiance légitime ou celui de sécurité juridique.

par un autre État membre au moyen de l'octroi d'aides⁴⁰². En revanche, les distorsions de concurrence entre États membres découlant des disparités entre les mesures législatives et réglementaires nationales peuvent faire l'objet d'une action des institutions européennes en vue de leur élimination. Contre ces disparités entre réglementations qui « *fausse[nt] les conditions de concurrence sur le marché intérieur et provoque[nt], de ce fait, une distorsion qui doit être éliminée* », l'article 116 TFUE prévoit un contrôle *a posteriori* suivi, le cas échéant, de l'adoption de mesures supprimant la distorsion constatée⁴⁰³. Une telle réduction de l'inégalité des conditions de concurrence témoigne de la réception de la conception équitable de la loyauté.

88. À ces dispositions de l'article 116 TFUE qui ne relèvent pas du *droit de la concurrence*, mais sont néanmoins *relatives à la concurrence*, au sens large de cette expression, s'ajoutent d'autres *règles de concurrence*, au sens que le traité donne à cette formule.

D'une part, l'article 106 TFUE confère à la Commission un pouvoir normatif lui permettant d'adopter des décisions ou des directives à propos des mesures adoptées par les États membres vis-à-vis d'entreprises avec lesquelles ils ont des liens particuliers (octroi de droits spéciaux ou exclusifs). Dans le cadre du pouvoir de surveillance que l'article 106, paragraphe 3, lui confie, la Commission est autorisée à préciser les obligations découlant du traité qui pèsent sur les États membres⁴⁰⁴.

D'autre part, l'application combinée de l'article 106, paragraphe 1, et de l'article 102 TFUE⁴⁰⁵, permet la sauvegarde d'une certaine loyauté dans la concurrence par l'interdiction des réglementations nationales créant un risque d'abus

⁴⁰² « [S]elon une jurisprudence bien établie, la circonstance qu'un État membre cherche à rapprocher, par des mesures unilatérales, les conditions de concurrence existant dans un secteur économique de celles prévalant dans d'autres États membres ne saurait enlever à ces mesures le caractère d'aide » : CJCE, 29 avril 2004, *Italie c/ Commission*, aff. C-298/00 P, *Rec.* p. I-4087 (pt 61). Toutefois, une mesure nationale visant à remplacer le statut privilégié et coûteux des fonctionnaires d'une entreprise de transport par autobus par un statut d'agent contractuel comparable à celui des employés d'autres entreprises de transport par autobus se trouvant en concurrence avec la première libère cette dernière « *d'un désavantage structurel par rapport à ses concurrents privés* » ; elle ne lui octroie aucun avantage et ne constitue donc pas une aide d'État : TPICE, 16 mars 2004, *Danske Busvognmænd c/ Commission*, aff. T-157/01, *Rec.* p. II-917 (pt 57).

⁴⁰³ Ainsi, alors qu'en matière de contrôle des aides d'État était prévue une mise en œuvre *a priori* de nature administrative confiée à la compétence exclusive de la Commission, pour ces distorsions d'origine étatique n'est prévue qu'une action *ex post*, soit transactionnelle (accords Commission – États membres), soit normative (directives du Conseil notamment).

⁴⁰⁴ V. CJCE, 19 mars 1991, *France c/ Commission*, aff. C-202/88, *Rec.* p. I-1223 (pts 14-15).

⁴⁰⁵ Anciennement articles 86, paragraphe 1, et 82 CE.

de position dominante. Dans le cadre de la censure d'une telle réglementation, la Cour de justice a souligné qu' « *un système de concurrence non faussée, tel que celui prévu par le traité, ne peut être garanti que si l'égalité des chances entre les différents opérateurs économiques est assurée* »⁴⁰⁶. Est ainsi contraire aux dispositions précitées une réglementation nationale qui donne à une entreprise un pouvoir dans la désignation de ses propres concurrents, lui conférant « *un avantage évident sur ses concurrents* »⁴⁰⁷ susceptible de la conduire à empêcher l'accès des autres entreprises au marché concerné. Cette réglementation génère une « *situation d'inégalité des conditions de concurrence* »⁴⁰⁸.

CONCLUSION DU CHAPITRE I

89. Non seulement la législation antidumping de l'Union protège uniquement les concurrents européens des auteurs du dumping mais, en outre, dans certains cas, elle ne secourt que certains d'entre eux. Cette protection revendiquée et assumée des concurrents est cependant atténuée par la prise en compte d'autres intérêts légitimes dans le cadre du critère d'intérêt de l'Union, sans que ce dernier ne transforme une législation consubstantiellement protectrice des concurrents européens en réglementation protectrice de la concurrence dans l'intérêt des consommateurs. Or, les règles européennes de concurrence – en particulier le droit antitrust – poursuivent

⁴⁰⁶ CJCE, 19 mars 1991, *France c/ Commission*, aff. C-202/88, préc. (pt 51) ; CJCE, 13 décembre 1991, *RTT c/ GB-Inno-BM SA*, aff. C-18/88, *Rec.* p. I-5941 (pt 25) ; CJCE, 1^{er} juillet 2008, *MOTOE c/ Elliniko Dimosio*, aff. C-49/07, *Rec.* p. I-4863 (pt 51). Une telle égalité des chances est également rompue lorsqu'un État membre octroie « *un droit exclusif de retransmission d'émissions de télévision à une entreprise ayant le droit exclusif de diffusion d'émissions, lorsque ces droits sont susceptibles de créer une situation dans laquelle cette entreprise est amenée à enfreindre l'article 86 du traité par une politique d'émission discriminatoire en faveur de ses propres programmes* » : CJCE, 18 juin 1991, *ERT*, aff. C-260/89, *Rec.* p. I-2925 (pt 37). Une mesure nationale qui octroie à une entreprise « *le droit exclusif de fournir de la main d'œuvre temporaire aux concessionnaires de terminaux et aux autres entreprises autorisées à opérer dans le port, mais, en outre, lui permet [...] de les concurrencer sur le marché des services portuaires [...] se trouve en situation de conflit d'intérêt. Par le simple exercice de son monopole, elle se trouve en effet en mesure de fausser à son profit d'égalité des chances entre les différents opérateurs économiques agissant sur le marché des services portuaires* » : CJCE, 12 février 1998, *Raso*, aff. C-163/96, *Rec.* p. I-533 (pts 28-29).

⁴⁰⁷ CJCE, 1^{er} juillet 2008, *MOTOE c/ Elliniko Dimosio*, aff. C-49/07, préc. (pt 51).

⁴⁰⁸ *Ibid.* Dans l'affaire *MOTOE*, une personne morale, elle-même organisatrice et exploitant de compétitions sportives, avait la tâche de donner à l'administration qui délivre les autorisations pour organiser de telles compétitions un avis conforme sur les demandes d'autorisation présentées par ses concurrents, lui conférant ainsi le pouvoir de désigner ses propres concurrents et de fixer les conditions dans lesquelles elles pourront organiser des compétitions concurrentes.

un objectif de protection de la concurrence au bénéfice des consommateurs. S'il résulte de ce contraste une divergence entre l'action antidumping et le droit de la concurrence, elle est atténuée par la double circonstance que l'application des règles antitrust n'ignore pas les intérêts des concurrents et promeut parfois la loyauté-équité dans la concurrence, à l'instar d'autres règles de concurrence, notamment de contrôle des aides d'État.

L'égalité des chances étant rompue par une aide ou un autre avantage conféré par un État, la concurrence entre ses destinataires et les entreprises n'en bénéficiant pas, la concurrence n'est plus équitable et, partant, devient déloyale. En sanctionnant non seulement ces distorsions d'origine publique mais également les comportements d'entreprises qui introduisent de la déloyauté dans la compétition, le droit de la concurrence de l'Union participe à la promotion d'une concurrence loyale entre entreprises dans le marché intérieur, complément indispensable d'une concurrence libre. Certes, l'ouverture du marché intérieur aux importations contribue à cette concurrence. L'action antidumping, qui permet de réagir contre celles de ces importations qui ne sont pas loyales, s'avère nécessaire tant que ne sont pas réunies les conditions d'une compétition équitable entre l'industrie de l'Union et ses concurrents de pays tiers. Près d'un demi-siècle après la suggestion de Pierre Uri de « rapprocher la notion de dumping des définitions qui concernent la discrimination des prix dans le commerce interne »⁴⁰⁹ et la réponse d'Antonio Mastropasqua qu'un tel rapprochement « exigerait que certaines conditions préalables soient réunies, parmi lesquelles, la création d'une association économique à l'échelle des continents »⁴¹⁰, une telle association ne prévaut qu'entre un grand nombre des pays européens. Hors du marché intérieur et de l'espace économique européen, les conditions préalables au renoncement, par l'Union, à son instrument antidumping, ne prévalent pas.

La contribution respective de l'action antidumping et du droit de la concurrence à la promotion d'une concurrence loyale dans l'Union estompe les différences réelles qui les opposent quant aux intérêts protégés et nuance la formule réductrice *concurrence*

⁴⁰⁹ Pierre URI, *Dialogue des continents, Un programme économique*, Paris, Plon, 1964, 185 p. ; ici p. 89-90.

⁴¹⁰ Antonio MASTROPASQUA, *Le marché commun et la défense contre le dumping, De la nécessité d'une législation antidumping communautaire*, op. cit. ; spéc. Introduction, p. XVIII. Selon cet auteur, la création d'une association économique apparaissait être « la condition "sine qua" la réalisation d'une défense fondée sur la discrimination des prix [ne serait] pas possible ».

versus concurrents. À cette divergence réelle, mais nuancée, relative aux intérêts protégés s'ajoute une série de différences concernant les répartitions des compétences qui distinguent l'action antidumping et le droit de la concurrence sans toutefois les opposer.

CHAPITRE II – LES DIFFÉRENCES DANS LES RÉPARTITIONS DES COMPÉTENCES

90. Dans l'Union européenne, l'action antidumping et règles de concurrence appréhendent certaines pratiques tarifaires d'entreprises dans l'Union européenne selon des répartitions très différentes des compétences *législative*⁴¹¹ et *exécutive*⁴¹². Instrument de la défense commerciale, elle-même composante de la politique commerciale commune, et dirigée vers les pays tiers, l'action antidumping, soumise au droit de l'OMC, est fortement centralisée tant dans sa définition que dans sa mise en œuvre. À l'inverse, la préservation de la concurrence dans le marché intérieur est assurée selon une répartition des compétences tant normative que d'exécution entre l'Union et ses États membres, dans un contexte d'absence de normes internationales contraignantes équivalentes à l'encadrement antidumping. Ainsi, à une centralisation de l'action antidumping au niveau de l'Union (**Section 1**), s'oppose une répartition des compétences entre l'Union et ses États membres en matière de règles de concurrence, en l'occurrence antitrust (**Section 2**).

Section 1 – Une centralisation des compétences au niveau de l'Union en matière antidumping

91. Dans l'Union européenne, l'action antidumping est fortement centralisée au niveau européen, les interventions des États membres étant très limitées et cantonnées à certains aspects de la mise en œuvre de la législation. Non seulement l'Union dispose d'une compétence exclusive en matière d'adoption de la législation antidumping de base (§ I.) mais, en outre, ses institutions jouissent d'une compétence principale pour l'application de cette législation, le rôle des États membres étant limité (§ II.).

⁴¹¹ Au sens d'adoption des règles générales.

⁴¹² Dans le sens d'application des règles générales à des cas particuliers.

§ I. La compétence exclusive de l'Union en matière d'adoption de la législation

92. En confiant à la Communauté une compétence exclusive en matière de politique commerciale commune, les États membres ont renoncé à toute action antidumping nationale contre les importations en dumping en provenance de pays tiers qui causeraient un préjudice à leur industrie nationale (**A.**). La compétence exclusive ainsi désormais attribuée à l'Union ne s'exerce pas sans limite, dès lors qu'à l'instar des législations nationales préexistantes, la législation européenne, ainsi que ses mesures d'application, étaient soumises à la discipline antidumping du GATT de 1947, et le sont depuis 1994 à celle de l'OMC (**B.**).

A. Une compétence exclusive attribuée par les États membres

93. La participation à la création de la Communauté économique européenne pour les États fondateurs, et l'adhésion à cette dernière, puis à l'Union européenne, pour les autres États membres, non seulement entraînent la suppression de toute action antidumping entre les États membres, mais emportent également renoncement de ces derniers à toute action antidumping nationale contre les importations de pays tiers (**1°**). Cette suppression et ce renoncement ne provoquent pas un vide en matière de défense antidumping, mais impliquent la succession d'une législation européenne aux législations nationales, la première étant adoptée dans le cadre d'une compétence exclusive (**2°**).

1° La disparition des législations antidumping nationales

94. Lors de la création de la Communauté économique européenne en 1958, une compétence exclusive fut confiée à cette dernière en matière de politique commerciale commune⁴¹³. À l'instar des autres compétences communautaires, elle fut

⁴¹³ S'agissant de la CECA instituée en 1951, en matière de politique commerciale, les États membres conservaient leurs compétences (article 71) ; en matière antidumping cependant, la Haute Autorité était habilitée à prendre des mesures contre les « *procédés de dumping ou d'autres pratiques condamnées par la Charte de la Havane* » (article 74). Une décision antidumping de base réglementait l'exercice de cette compétence, en dernier lieu, avant l'expiration du traité CECA le 23 juillet 2002, la décision n° 2277/96/CECA de la Commission, du 28 novembre 1996, relative à la défense contre les importations qui font l'objet d'un dumping de la part de pays non membres de la Communauté européenne du charbon et de l'acier, *JOCE* L 308, 29 novembre 1996, p. 11 (v.,

attribuée par les États membres qui renoncèrent ainsi à une partie de leur souveraineté nationale. L'attribution de cette compétence exclusive a entraîné la disparition des législations antidumping nationales⁴¹⁴. Les États qui ont adhéré par la suite et qui disposaient d'une législation antidumping ont dû l'abroger.

Le renoncement des États membres est double. D'une part, il concerne l'action antidumping à l'encontre des autres États membres. Lors de la création de la Communauté, ce renoncement fut différé à la fin de la période de transition, un régime spécial transitoire étant substitué aux législations nationales. Ainsi, l'article 91 CEE, applicable pendant la période de transition, prévoyait un régime répressif contre le dumping doublé d'une disposition *boomerang* préventive, et les premiers traités d'adhésion reprirent le seul dispositif répressif⁴¹⁵. D'autre part, leur renoncement concerne également l'action antidumping à l'égard des États tiers, seule une action commune pouvant être entreprise à l'encontre des importations en dumping dans l'Union.

95. Pour l'industrie nationale de l'État qui rejoint l'Union, l'adhésion emporte disparition de la protection spécifique du droit national au profit d'une défense de ses intérêts par la seule législation européenne dans le cadre plus global de l'industrie de l'Union. La protection de l'industrie nationale d'un État ne peut, dès lors, intervenir qu'en tant que composante de l'industrie de l'Union.

Ce principe connaît toutefois une limite. L'industrie de l'Union définie dans une procédure antidumping peut, dans certaines circonstances exceptionnelles, n'être qu'une industrie régionale. Le territoire de l'Union est alors divisé en plusieurs « *marchés compétitifs* » distincts, à l'intérieur de chacun desquels les producteurs forment une « *industrie distincte* »⁴¹⁶. De telles circonstances, rarement constatées en pratique, sont réunies lorsque les producteurs à l'intérieur d'un tel marché vendent la

également, le règlement (CE) n° 963/2002 du Conseil, du 3 juin 2002, fixant des dispositions transitoires concernant les mesures antidumping et compensatoires adoptées en vertu des décisions n° 2277/96/CECA et n° 1889/98/CECA de la Commission ainsi que les demandes, plaintes et enquêtes antidumping et antisubventions en cours relevant de ces décisions, *JOCE* L 149, 7 juin 2002, p. 3). Par ailleurs, toute action antidumping entre États membres devient immédiatement impossible, sans dispositions particulières pour la période transitoire (v. *supra* n° 69).

⁴¹⁴ En 1958, semble-t-il, seules la France (en 1910) et la Belgique (en 1920) s'étaient dotées d'une législation antidumping ; v. Henry LESGUILLONS, *Le régime communautaire de protection contre le dumping et les subventions*, Paris, FEDUCI, 1983, 261 p. ; spéc. p. 8-9.

⁴¹⁵ V. *supra* n° 69.

⁴¹⁶ Expressions utilisées par l'article 4, paragraphe 1, b), du règlement de base.

totalité ou la quasi-totalité de leur production sur ce marché et si la demande sur ce dernier n'est pas satisfaite dans une mesure substantielle par des producteurs établis ailleurs dans l'Union. Dans une telle situation d'autarcie du marché considéré, un préjudice à une telle industrie régionale pourra être constaté si les importations faisant l'objet d'un dumping se concentrent sur ce marché isolé et si elles causent un préjudice à la totalité ou à la quasi-totalité des producteurs à l'intérieur de ce marché⁴¹⁷.

2° L'exercice par l'Union d'une compétence au caractère exclusif

96. Le renoncement des États membres à leur législation nationale n'est pas propre à l'action antidumping mais concerne tous les instruments de défense commerciale. La Communauté adopta sa première législation antidumping en 1968⁴¹⁸. Par la suite, elle fut plusieurs fois modifiée, soit sous la forme d'amendements au règlement de base en vigueur, soit par l'adoption d'un nouveau règlement de base, chaque conclusion d'un cycle de négociations du GATT comportant la signature d'un Code antidumping conduisant la Communauté à modifier sa réglementation de base en adoptant un nouveau règlement⁴¹⁹. Le règlement de base actuellement en vigueur – le

⁴¹⁷ Article 4, paragraphe 1, b), du règlement de base. Pour des exemples, v. VAN BAEL et BELLIS, *EU Anti-Dumping and Other Trade Defence Instruments*, 5^{ème} éd., Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2011, 1368 p. ; spéc. p. 263-266.

⁴¹⁸ Le premier règlement de base, le règlement (CEE) n° 459/68 du Conseil, du 5 avril 1968, relatif à la défense contre les pratiques de dumping, primes ou subventions de la part de pays non membres de la Communauté économique européenne (*JOCE* L 93, 17 avril 1968, p. 1), a été adopté suite à la signature, à l'issue du *Kennedy round* (1964-1967), du premier Code antidumping, l'*Accord relatif à la mise en œuvre de l'article VI de l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce*, adopté le 30 juin 1967 (*JOCE* L 305, 19 décembre 1968, p. 12).

⁴¹⁹ Ainsi, le second règlement de base, le règlement (CEE) n° 3017/79 du Conseil, du 20 décembre 1979, relatif à la défense contre les importations qui font l'objet de "dumping" ou de subventions de la part de pays non membres de la Communauté européenne (*JOCE* L 339, 31 décembre 1979, p. 67), fut pris suite à l'adoption, à l'issue du *Tokyo Round* (1973-1979), du deuxième Code antidumping, l'*Accord relatif à la mise en œuvre de l'article VI de l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce*, adopté le 12 avril 1979 (*JOCE* L 71, 17 mars 1980, p. 90). En revanche, les troisième et quatrième règlements de base ne sont pas liés à l'adoption d'un nouveau Code (règlement (CEE) n° 2176/84 du Conseil, du 23 juillet 1984, relatif à la défense contre les importations qui font l'objet d'un dumping ou de subventions de la part de pays non membres de la Communauté économique européenne, *JOCE* L 201, 30 juillet 1984, p. 1, et règlement (CEE) n° 2423/88 du Conseil, du 11 juillet 1988, relatif à la défense contre les importations qui font l'objet d'un dumping ou de subventions de la part de pays non membres de la Communauté économique européenne, *JOCE* L 209, 2 août 1988, p. 1). À l'issue de l'*Uruguay Round* et de l'adoption du troisième Code antidumping, *Accord sur la mise en œuvre de l'article VI de l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce de 1994*, adopté le 15 avril 1994 (*JOCE* L 336, 23 décembre 1994, p. 103), un cinquième règlement de base fut pris, pour la première fois spécifique à l'antidumping (un règlement de base antisubventions étant parallèlement adopté) : le règlement (CE) n° 3283/94, du Conseil, du 22 décembre 1994, relatif à la défense contre les importations qui font l'objet d'un dumping de la part

règlement (CE) n° 1225/2009⁴²⁰ – a été adopté pour codifier le règlement qui transposait dans la Communauté le troisième Code antidumping et qui avait été modifié à plusieurs reprises⁴²¹, et a lui-même connu quelques modifications, notamment en janvier 2014 en matière de répartition des compétences pour l'adoption des mesures⁴²².

97. La matière antidumping, limitée au commerce des marchandises, relève et a toujours relevé du domaine de la compétence exclusive dont jouissait la Communauté et dont jouit désormais l'Union en matière de politique commerciale commune. L'exclusion de la majeure partie du commerce des services de la notion de politique commerciale commune constatée par la Cour de justice⁴²³ a été remédiée, dans un premier temps partiellement par le traité de Nice⁴²⁴ et dans un second temps complètement par le traité de Lisbonne.

Nonobstant cette intégration du commerce des services dans la politique commerciale commune, la compétence de l'Union en matière de dumping des services demeure

de pays non membres de la Communauté européenne (*JOCE* L 349, 31 décembre 1994, p. 1), rapidement remplacé, pour des raisons de simplification et de clarté (amendements précoces et nombreuses erreurs significatives de traductions entre les différentes versions linguistiques), par le sixième règlement de base, le règlement (CE) n° 384/96 du Conseil, du 22 décembre 1995 (*JOCE* L 56, 6 mars 1996, p. 1).

⁴²⁰ C'est le septième règlement de base : règlement (CE) n° 1225/2009 du Conseil, du 30 novembre 2009 (*JOUE* L 343, 22 décembre 2009, p. 51).

⁴²¹ Règlement (CE) n° 384/96, préc.

⁴²² Règlement (UE) n° 37/2014 du Parlement européen et du Conseil, du 15 janvier 2014, modifiant certains règlements relatifs à la politique commerciale commune en ce qui concerne les procédures d'adoption de certaines mesures, *JOUE* L 18, 21 janvier 2014, p. 1.

⁴²³ CJCE, 15 novembre 1994, avis n° 1/94, *relatif à la ratification des accords fondant l'OMC*, *Rec.* p. I-5267. Exclusion de trois des quatre modes de fourniture de services visés par le GATS (la consommation à l'étranger qui comporte le déplacement du bénéficiaire vers le territoire du Membre de l'OMC où le prestataire est établi ; la présence commerciale, c'est-à-dire la présence d'une filiale ou d'une succursale sur le territoire du Membre de l'OMC où le service doit être rendu ; et la présence de personnes physiques d'un Membre de l'OMC grâce auxquelles un prestataire d'un Membre fournit des services sur le territoire de tout autre Membre), mais pas de la fourniture transfrontalière. En effet, elle n'implique aucun déplacement de personnes, le service étant rendu par un prestataire établi dans un pays déterminé à un bénéficiaire résidant dans un autre pays (situation qui n'est pas sans analogie avec un échange de marchandises), et entre, par conséquent, dans la notion de politique commerciale commune (pts 41-47).

⁴²⁴ Partiellement en raison de limitations et dérogations. *Limitations*, puisque l'extension du champ d'application de la politique commerciale commune au commerce des services et aux aspects commerciaux de la propriété intellectuelle ne portait pas atteinte au droit des États membres de maintenir ou de conclure des accords avec des pays tiers ou des organisations internationales, pour autant que ces accords respectent le droit communautaire et les autres accords internationaux pertinents. *Dérogations*, car les accords relatifs au commerce des services culturels et audiovisuels, ainsi qu'aux services d'éducation, sociaux et de santé humaine continuaient de relever de la compétence partagée entre la Communauté et les États membres (ex-article 133, paragraphe 5, CE).

incertaine dès lors que, si elle est compétente en matière de « *mesures [...] à prendre en cas de dumping* », ce « *dumping* » est considéré comme portant sur les seules marchandises. Certes, l'Accord général sur le commerce des services de 1994 (*General Agreement on Trade in Services – GATS*) reconnaît implicitement le problème du dumping des services, mais il n'y apporte aucune réponse⁴²⁵. Et aucune législation européenne générale n'existe en matière de dumping des services. Seules des règles spéciales existent concernant des pratiques tarifaires déloyales en matière de services de transports aériens et maritimes – parfois appelées improprement dumping de services⁴²⁶.

98. Incontestablement exclusives, les compétences de l'Union en matière antidumping ont connu une évolution notable s'agissant de leurs répartitions entre les institutions de l'Union. Initialement privé de tout rôle formel en matière de politique commerciale et dépourvu de toute influence réelle à cet égard⁴²⁷, le Parlement européen est devenu co-législateur, à la faveur des modifications apportées par le traité de Lisbonne, notamment en matière antidumping. La compétence législative est aujourd'hui partagée entre le Conseil des ministres et le Parlement européen. La procédure législative ordinaire s'applique à la définition du cadre général dans lequel la politique commerciale est mise en œuvre et tous les accords commerciaux sont

⁴²⁵ V., à cet égard, Pierre DIDIER, *Les principaux accords de l'OMC et leur transposition dans la Communauté européenne, I, Les Instruments de Politique Commerciale, Dumping, Subventions, Sauvegardes - Les marchés publics*, Bruxelles, Bruylant, 1997, 646 p. ; spéc. p. 160-161.

⁴²⁶ V. *supra* n° 62. À cet égard, il convient de préciser que les accords internationaux dans le domaine des transports ne relevaient pas et ne relèvent pas de la politique commerciale commune mais de la politique commune des transports (article 207, paragraphe 5, TFUE). En matière de transports, la compétence de l'Union est partagée avec les États membres – comme l'a toujours été celle de la Communauté antérieurement. Ainsi, les règlements relatifs aux pratiques commerciales déloyales dans les transports maritimes et dans les transports aériens ont-ils été adoptés dans le cadre de cette compétence partagée, conformément au principe de subsidiarité, l'objectif de protection contre de telles pratiques causant un préjudice aux transporteurs communautaires dans le cadre de la fourniture de services de transport ne pouvant être réalisée de manière suffisante par les États membres et pouvant l'être mieux au niveau communautaire. V., de manière explicite, le considérant n° 26 du règlement (CE) n° 868/2004 du Parlement européen et du Conseil, du 21 avril 2004, concernant la protection contre les subventions et les pratiques tarifaires déloyales causant un préjudice aux transporteurs aériens communautaires dans le cadre de la fourniture de services de transport aérien de la part de pays non membres de la Communauté européenne (*JOUE* L 162, 30 avril 2004, p. 1), et de manière implicite dans les considérants du règlement (CEE) n° 4057/86 du Conseil, du 22 décembre 1986, relatif aux pratiques tarifaires déloyales dans les transports maritimes (*JOCE* L 378, 31 décembre 1986, p. 14).

⁴²⁷ Nonobstant le renforcement du dialogue entre la Commission et la commission de l'industrie et du commerce du Parlement et l'association de parlementaires à la délégation de l'Union lors des réunions ministérielles à l'OMC ; v. François-Xavier PRIOLLAUD et David SIRITZKY, *Le traité de Lisbonne, Texte et commentaire article par article des nouveaux traités européens (TUE-TFUE)*, La documentation française, Paris, 2008, 523 p. ; spéc. p. 305.

soumis à l'approbation d'un Parlement européen⁴²⁸ régulièrement informé de l'état d'avancement des négociations⁴²⁹ – règles qui s'appliquent à la négociation et à la conclusion d'un futur quatrième Code antidumping prévu dans le cadre du Cycle de Doha. Désormais différemment répartie entre ses institutions, cette compétence législative de l'Union s'exerçait et s'exerce toujours – à l'instar de sa compétence exécutive – dans le cadre des contraintes imposées par le GATT de 1947 et les accords adjoints à celui-ci, puis par le droit de l'OMC depuis 1994.

B. Une compétence encadrée par la discipline antidumping de l'OMC

99. La compétence de l'Union en matière antidumping, tant pour l'adoption de la législation de base que pour la mise en œuvre de cette dernière (conduite des procédures et adoptions des mesures antidumping) est fortement encadrée par les normes de droit international économique que constituent les règles antidumping de l'OMC (1°). À cet encadrement normatif des compétences législative et exécutive de l'Union s'ajoute un système de contrôle de l'exercice de ces deux compétences au travers du mécanisme de règlement des différends de l'OMC (2°).

1° L'encadrement de l'action antidumping par les accords multilatéraux

100. Au début du siècle dernier, l'émergence d'un consensus dans les pays industrialisés sur le caractère déloyal de la pratique consistant à vendre à l'étranger des produits à des prix inférieurs à ceux appliqués sur le marché domestique⁴³⁰, conduisit de nombreux pays à adopter des législations antidumping. Pourtant, en 1947, le GATT ne consacra pas cette nocivité du dumping, et son article VI se borna

⁴²⁸ Pour la conclusion des accords commerciaux, le Conseil statue, par conséquent, à la majorité qualifiée. Des exceptions sont apportées à cette règle : en matière d'accords concernant les services culturels et audiovisuels ou les services d'éducation, sociaux et de santé humaine, le Conseil statue à l'unanimité pour les accords susceptibles de porter atteinte à la diversité culturelle de l'Union ou de perturber l'organisation des services sociaux, d'éducation et de santé ; sont également adoptées à l'unanimité les accords en matière de commerce des services, des aspects commerciaux de la propriété intellectuelle et des investissements directs étrangers, lorsqu'ils comprennent des dispositions pour lesquelles l'unanimité est requise pour l'adoption de règles internes (article 207, paragraphe 4, TFUE).

⁴²⁹ Article 207, paragraphe 2, article 218, paragraphe 6, et article 207, paragraphe 3, TFUE.

⁴³⁰ V. Ivo VAN BAEL et Jean-François BELLIS, *Anti-dumping and other Trade Protection Laws of the EC*, 3^{ème} éd., Bicester, CCH Editions Limited, 1996, 1012 p. : spéc. p. 26, § 202 (ces considérations historiques ne sont pas reprises dans les éditions ultérieures). Pour un historique de la mise en place d'instruments antidumping, essentiellement du point de vue des États-Unis, v. Alan O. SYKES, « Antidumping and Antitrust: What Problems Does Each Address? », préc.

à reconnaître qu'il est « *condamnable* » s'il cause un dommage important à l'industrie du pays d'importation et à autoriser, en l'encadrant, l'adoption de mesures antidumping. La finalité du GATT, et à sa suite du droit de l'OMC, n'est pas de proscrire le dumping mais de borner la faculté pour un pays d'importation d'adopter des mesures antidumping⁴³¹. L'action antidumping constitue une dérogation aux principes de liberté du commerce consacrés par le GATT⁴³² et, en tant qu'exception, elle est encadrée dans des limites qui, par l'adoption de trois Codes antidumping successifs, ont été précisées. Ainsi l'action antidumping est-elle conçue comme une faculté pour les Membres de l'OMC. Ils sont libres de ne pas réagir face au dumping. Mais ils sont tenus, s'ils décident d'agir, de respecter les prescriptions de l'article VI du GATT, telles qu'interprétées par les Codes antidumping. Afin de sauvegarder, dans la plus grande mesure possible, la liberté des échanges, les précisions apportées par ces Codes réduisent les marges d'appréciations des Membres en matière de détermination de l'existence d'un dumping préjudiciable et de réaction contre cette pratique tarifaire.

En sa qualité de partie au GATT de 1947 ainsi qu'aux premier et deuxième codes antidumping adoptés, respectivement, en 1967 et en 1979, la Communauté économique européenne était liée par leurs dispositions⁴³³. En tant que Membre de

⁴³¹ Si le dumping lui-même ne pouvait être prohibé par le GATT (contrairement aux subventions) sans impliquer un effet direct de cet accord intergouvernemental (puisque le dumping est une pratique d'entreprises) et si, par conséquent, il « *n'est pas prohibé mais soumis à un régime de condamnation conditionnelle permettant le recours à des contre-mesures* » (Dominique CARREAU et Patrick JUILLARD, *Droit international économique*, 5^{ème} éd., Paris, Dalloz, 2013, 802 p. ; ici p. 237, n° 600-601), en revanche, le GATT aurait pu imposer l'adoption de législations antidumping et non simplement les autoriser et les encadrer.

⁴³² Ces *free trade principles* sont : 1) le principe de la protection douanière exclusive et l'interdiction de principe des barrières non-tarifaires (articles II et XI du GATT), 2) la clause de la nation la plus favorisée (article I^{er} du GATT), et 3) la clause du traitement national (article III du GATT).

Antonio MASTROPASQUA expliquait que « [l]es mesures antidumping, en effet, constituent des exceptions au principe général visant, "sur une base de réciprocité et d'avantages mutuels", à la réduction substantielle des tarifs douaniers et des autres entraves aux échanges et à l'élimination des discriminations en matière de commerce international [...] » (Antonio MASTROPASQUA, *Le marché commun et la défense contre le dumping, De la nécessité d'une législation antidumping communautaire*, Guido Pastena Editore, Rome, 1965, 262 p. ; ici p. 13). Il s'agit d'une dérogation expresse aux obligations visées par l'article premier du GATT exigeant l'application immédiate et sans condition du traitement de la nation la plus favorisée (*ibid.* ; spéc. p. 30).

⁴³³ L'article 14 du Code antidumping de 1967 disposait : « *Chacune des parties au présent Accord prendra toutes mesures, générales ou particulières, nécessaires pour que, au plus tard le jour où ledit Accord entrera en vigueur en ce qui la concerne, ses lois, règlements et procédures administratives soient conformes aux dispositions du Code antidumping* ». L'article 16.6.a) du Code antidumping de 1979 disposait : « *Chaque gouvernement qui acceptera le présent accord ou qui y accèdera prendra toutes les mesures nécessaires, de caractère général ou particulier, pour assurer, au plus tard à la date où ledit accord entrera en vigueur en ce qui le concerne, la conformité de ses lois, règlements et*

l'OMC, l'Union européenne, à la suite de la Communauté européenne, est liée par les dispositions du GATT de 1994 et du Code antidumping de 1994. Par conséquent, leurs règles ont dû être transposées dans la législation antidumping européenne⁴³⁴.

101. La discipline de l'OMC en matière de dumping encadre les législations antidumping adoptées par les Membres et également les mesures d'application de ces législations prises par ces derniers. Dans le cas de l'Union, sont ainsi encadrés le règlement antidumping de base et les mesures antidumping prises sur son fondement. En raison de cet encadrement, la latitude des Membres de l'OMC en matière de législation contre le dumping est limitée.

L'encadrement multilatéral est applicable à toute législation qui prévoit une mesure particulière contre une pratique tarifaire dont les éléments constitutifs sont identiques aux deux éléments constitutifs du dumping, ou présentent une « *forte corrélation* » avec eux⁴³⁵. Ces éléments sont, d'une part, l'importation sur le territoire d'un Membre de produits en provenance d'un autre Membre et, d'autre part, la circonstance que les produits importés ont un prix inférieur à leur valeur normale – autrement dit qu'il existe une différence de prix/valeurs entre des produits similaires vendus sur deux marchés nationaux⁴³⁶.

procédures administratives avec les dispositions dudit accord, dans la mesure où elles pourront s'appliquer à la Partie en question ».

⁴³⁴ L'article 18.4 du Code antidumping de 1994 dispose : « *Chaque Membre prendra toutes les mesures nécessaires, de caractère général ou particulier, pour assurer, au plus tard à la date où l'Accord sur l'OMC entrera en vigueur pour lui, la conformité de ses lois, réglementations et procédures administratives avec les dispositions du présent accord, dans la mesure où elles pourront s'appliquer au Membre en question* ». Il énonce une « *obligation positive de mettre sa législation en conformité avec les dispositions de l'Accord antidumping* » (rapport de l'Organe d'appel États-Unis – Loi antidumping de 1916, 28 août 2000, WT/DS136/AB/R et WT/DS162/AB/R, paragraphe 78).

⁴³⁵ V. rapport de l'Organe d'appel États-Unis – Loi de 2000 sur la compensation pour continuation du dumping et maintien de la subvention (ci-après « rapport de l'Organe d'appel États-Unis – Loi de 2000 »), WT/DS217/AB/R, WT/DS234/AB/R, 16 janvier 2003, à propos de la loi dite *amendement Byrd* (paragraphe 239). L'idée que les éléments constitutifs ne doivent pas nécessairement être identiques figurait déjà dans le rapport du Groupe spécial États-Unis – Loi antidumping de 1916 – Plainte des Communautés européennes (ci-après « États-Unis – Loi de 1916 (plainte CE) »), 31 mars 2000, WT/DS136/R (paragraphe 6.108 à 6.110), mais n'apparaissait pas dans celui de l'Organe d'appel États-Unis – Loi antidumping de 1916 (ci-après « États-Unis – Loi de 1916 »), 28 août 2000, WT/DS136/AB/R et WT/DS162/AB/R.

⁴³⁶ V. rapport du Groupe spécial États-Unis – Loi de 1916 (plainte CE), préc. (paragraphe 6.104), et rapport de l'Organe d'appel États-Unis – Loi de 1916, préc. (paragraphe 130 et 133). *A contrario*, une législation qui ne reprendrait pas l'un, ou ne comporterait aucun, des deux éléments constitutifs du dumping, ne viserait pas le dumping. Le dumping n'est qu'une forme de discrimination de prix internationale ou transnationale. Ce n'est qu'une des formes de différence de prix entre deux marchés : « [l]e dumping constitue toujours une discrimination de prix transnationale, mais la

Lorsqu'une législation relève du champ d'application de l'encadrement – ce qui est le cas du règlement de base de l'Union – elle doit en respecter les prescriptions. Un Membre ne saurait prendre « *contre* » le dumping – ou une pratique équivalente – une mesure autre que l'une de celles prévues par l'article 18.1 du Code antidumping⁴³⁷. À cette prescription relative aux mesures qui peuvent être adoptées « *contre* » le dumping, s'ajoutent celle relative aux effets que doit avoir le dumping pour que sa neutralisation par des mesures antidumping soit compatible avec le droit de l'OMC. Le dumping doit causer un dommage important à l'industrie nationale du Membre concerné⁴³⁸. Le remplacement de cette exigence par la démonstration d'une intention chez l'auteur de la pratique visée est incompatible avec le droit de l'OMC⁴³⁹. En

discrimination de prix transnationale ne constitue pas toujours du dumping » (rapport de l'Organe d'appel États-Unis – Loi de 1916, préc. ; note de bas de page n° 71). Ainsi, sans importation, il n'y a pas dumping. Lorsqu'une entreprise produit sur deux marchés nationaux et y écoule à des prix différents les produits fabriqués localement, elle pratique une discrimination de prix transnationale ou internationale. Mais, puisqu'il n'y a pas importation, cette discrimination ne constitue pas du dumping. En outre, lorsqu'un producteur vend à l'exportation à un prix supérieur au prix qu'il pratique sur son marché domestique, il y a importation et différence de prix, mais pas dumping. Ainsi, l'absence ou la suppression de l'un et, *a fortiori*, des deux éléments constitutifs du dumping, signifie que la pratique commerciale en cause ne relève pas de la notion de *dumping*. Ceci met en évidence une limite à la notion de dumping : la production délocalisée et vendue localement à bas prix peut être soutenue par les bénéfices retirés de la vente sur un marché domestique fermé d'une production localement produite. Dans une telle situation, bien que l'on puisse estimer qu'il y a commerce déloyal à l'égard des consommateurs comme des concurrents, il n'y a pas dumping. Par suite, le Membre de l'OMC dont la législation proscrirait une telle pratique ne violerait pas ses engagements multilatéraux. Les formes de discriminations de prix internationales ou transnationales – autres que le dumping – peuvent être visées par des législations nationales sans risque d'incompatibilité avec une discipline antidumping par principe inapplicable. En revanche, à cet égard, d'autres dispositions du GATT de 1994 pourraient borner la liberté des Membres, notamment le principe de non-discrimination de l'article III.4.

⁴³⁷ Ainsi, l'engagement de la responsabilité civile ou pénale des importateurs recourant au dumping et les compensations versées à l'industrie nationale sont des réponses interdites : v. le rapport du Groupe spécial États-Unis – Loi de 1916 (*plainte CE*), préc. (paragraphe 6.196 et 6.204), le rapport de l'Organe d'appel États-Unis – Loi de 1916, préc. (paragraphe 136-138) et le rappel de l'Organe d'appel États-Unis – Loi de 2000, préc. (paragraphe 265).

⁴³⁸ Autrement dit, il faut qu'il cause un préjudice important à l'industrie de l'Union dans la terminologie européenne. Le terme *préjudice* vise les trois formes de préjudice que sont le préjudice important lui-même, la menace de préjudice important et le retard important dans la création d'une industrie de l'Union.

⁴³⁹ Une telle *intention* était exigée par la loi américaine de 1916 relative au dumping : v. rapport du Groupe spécial États-Unis – Loi de 1916 (*plainte CE*), préc. (paragraphe 6.179 à 6.181). Le Groupe spécial relevait que si « [d]ans certaines circonstances, une intention sera peut-être plus difficile à prouver qu'un dommage effectif », et si l'exécutif américain « a très tôt considéré que cette exigence d'une "intention" rendait presque impossible l'imposition de mesures correctives dans le cadre de la Loi de 1916 », « la mise en évidence d'une "intention" n'exige peut-être pas toujours une constatation de dommage effectif ou de menace effective de dommage » (paragraphe 6.180). En revanche, si une condition d'*intention* ne saurait remplacer la condition de *préjudice*, il serait licite de l'ajouter à cette dernière. Exiger en plus d'un préjudice, la preuve d'une intention – par exemple une

revanche, les Membres « *demeurent libres d'appliquer des prescriptions qui rendent l'imposition de mesures plus difficile* »⁴⁴⁰. En outre, lorsque plusieurs « *interprétations admissibles* » d'une disposition du Code antidumping sont possibles, ils sont libres de suivre l'une d'elles⁴⁴¹.

2° Le soumission de l'action antidumping au mécanisme de règlement des différends

102. Dès l'origine, l'action antidumping des parties contractantes au GATT pouvait faire l'objet d'un contrôle dans le cadre du mécanisme de règlement des différends prévu par le GATT de 1947. Ainsi, une partie contractante pouvait soumettre aux parties contractantes, agissant conjointement, une question concernant l'adoption par une autre partie d'une mesure antidumping jugée, par la première partie, contraire aux dispositions de l'Accord général. Par la suite, les différends furent renvoyés à des groupes de travail, puis à des groupes spéciaux. Ces derniers établissaient des rapports indépendants assortis de recommandations pour régler le différend. Transmis au Conseil du GATT, ces rapports devenaient juridiquement contraignants pour les parties au différend par leur adoption par le Conseil⁴⁴². Des procédures spéciales pour le règlement des différends en matière antidumping avaient été introduites dans le deuxième Code antidumping adopté en 1979.

Actuellement, le Mémorandum d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends, adopté en 1994, exige d'un Membre de l'OMC mis en cause dans un différend qu'il suive les recommandations formulées dans les rapports des groupes spéciaux et de l'Organe d'appel adoptés par l'ORD⁴⁴³. Le Code antidumping

intention de monopoliser ou de restreindre la concurrence – ne devrait pas être incompatible avec l'encadrement multilatéral.

⁴⁴⁰ Rapport du Groupe spécial *États-Unis – Loi de 1916 (plainte CE)*, préc. (paragraphe 6.112) ; rapport du Groupe spécial *États-Unis – Loi de 1916 (plainte du Japon)*, 29 mai 2000, WT/DS162/R (paragraphe 6.121).

⁴⁴¹ Article 17.6, ii), du Code antidumping.

⁴⁴² V. article XXIII du GATT de 1948 ; et v. OMC, « Historique du système de règlement des différends de l'OMC », chapitre II du « Module de formation au système de règlement des différends », page du site Internet de l'OMC (telle qu'accessible le 8 avril 2014).

⁴⁴³ L'article 19.1 du Mémorandum dispose que, « *dans les cas où un groupe spécial ou l'Organe d'appel conclura qu'une mesure est incompatible avec un accord visé, il recommandera que le Membre concerné la rende conforme audit accord* ». Les suites données aux recommandations, par le Membre partie au différend auquel elles sont adressées, doivent l'être « *dans les moindres délais* » et la question de la mise en œuvre de ces recommandations peut être soulevée devant l'ORD, créant

de 1994 contient également des dispositions particulières relatives au règlement des différends en matière antidumping, qui s'ajoutent aux dispositions générales du Mémorandum. Les rapports adoptés dans le cadre du règlement des différends exercent une réelle influence sur l'action antidumping. À plusieurs reprises, ils ont conduit la Communauté, puis l'Union, à modifier sa législation et/ou sa pratique en matière antidumping⁴⁴⁴.

103. Dans l'Union, la réception des rapports adoptés par l'ORD a été réglementée par le Conseil en 2001⁴⁴⁵, suite à l'adoption par l'ORD des rapports du Groupe spécial et de l'Organe d'appel dans l'affaire *CE – Linge de lit*⁴⁴⁶. Deux situations sont distinguées : celle d'une mesure antidumping qui est mise en cause dans un rapport adopté par l'ORD, et celle des autres mesures antidumping qui ne sont pas en cause. À propos de la première, le législateur a prévu la possibilité pour les institutions d'abroger ou de modifier la mesure antidumping, ou d'adopter toute autre mesure particulière jugée appropriée à l'espèce. Quant aux secondes, relativement auxquelles l'Union n'a aucune obligation au regard des règles de l'OMC, il a prévu la possibilité d'adopter les mêmes mesures « *afin de tenir compte des interprétations juridiques formulées dans un rapport adopté par l'ORD concernant une mesure non contestée* »⁴⁴⁷. Ainsi, les institutions peuvent désormais tenir compte des

ainsi un second différend – un différend de la mise en œuvre (v. l'article 21.5 du Mémorandum d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends). Par ailleurs, l'absence ou la mauvaise mise en œuvre des recommandations peut conduire à la négociation d'une compensation pour le Membre concerné et, faute d'accord sur une compensation satisfaisante, à l'octroi par l'ORD au Membre concerné d'une autorisation de suspension, à l'égard de l'autre Membre en cause, de l'application de concessions ou d'autres obligations au titre des « *accords visés* » (article 22 du Mémorandum d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends. Les « *accords visés* », tels que définis par l'Appendice 1 au Mémorandum, inclus l'Accord antidumping).

⁴⁴⁴ Pour des exemples de ces deux situations s'agissant de la Communauté européenne, puis de l'Union, v. partie II, titre I, chapitre II, section 1, § II., n° 369 et s.

⁴⁴⁵ Règlement (CE) n° 1515/2001 du Conseil, du 23 juillet 2001, relatif aux mesures que la Communauté peut prendre à la suite d'un rapport adopté par l'organe de règlement des différends de l'OMC concernant les mesures antidumping ou antisubventions, *JOCE* L 201, 26 juillet 2001, p. 10. Par ce règlement, le législateur européen comblait un vide dans la législation communautaire, le règlement de base ne contenant aucune disposition définissant les actions pouvant être entreprises et les procédures devant être suivies pour mettre en œuvre les recommandations formulées dans les rapports adoptés par l'ORD.

⁴⁴⁶ Rapport du Groupe spécial *Communautés européennes – Droits antidumping sur les importations de linge de lit en coton en provenance d'Inde* (ci-après « *CE – Linge de lit* »), 30 octobre 2000, WT/DS141/R et rapport de l'Organe d'appel *CE – Linge de lit*, 1^{er} mars 2001, WT/DS141/AB/R (rapports adoptés par l'ORD le 12 mars 2001).

⁴⁴⁷ Article 2, paragraphe 1, du règlement (CE) n° 1515/2001, préc ; v., également, le considérant n° 5 de ce règlement.

interprétations juridiques formulées dans un rapport, pour réviser des mesures par elles adoptées qui n'ont pas fait l'objet d'une procédure de règlement des différends. Le règlement de 2001 a créé un nouveau type de réexamen – le réexamen conformément au règlement (CE) n° 1515/2001 – effectué dans ces deux types de situations⁴⁴⁸.

⁴⁴⁸ Un tel réexamen fut conduit pour la première fois dans l'affaire *CE – Linge de lit*, non seulement pour les droits antidumping imposés par le règlement (CE) n° 2398/97 du Conseil concernant les importations originaires d'Inde, pays avec lequel le différend avait été tranché par l'ORD, mais également s'agissant des importations originaires d'Égypte et du Pakistan, sur lesquelles pesaient également des droits antidumping institués par le même règlement (v. règlement (CE) n° 1644/2001 du Conseil, du 7 août 2001, modifiant le règlement (CE) n° 2398/97 instituant un droit antidumping définitif sur les importations de linge de lit en coton originaire d'Égypte, de l'Inde et du Pakistan et suspendant son application en ce qui concerne les importations originaires de l'Inde, *JOCE* L 219, 14 août 2001, p. 1 ; et règlement (CE) n° 160/2002 du Conseil, du 28 janvier 2002, modifiant le règlement (CE) n° 2398/97 instituant un droit antidumping définitif sur les importations de linge de lit en coton originaire d'Égypte, de l'Inde et du Pakistan, et clôturant la procédure en ce qui concerne les importations originaires du Pakistan, *JOCE* L 26, 30 janvier 2002, p. 1). À propos des importations en provenance d'Égypte et du Pakistan, si des exportateurs égyptiens et pakistanais avaient demandé que les marges de dumping soient recalculées, la Communauté n'avait aucune obligation au titre des accords de l'OMC de procéder à un réexamen (v., à cet égard, la note n° 23 sous le paragraphe 6.9 du rapport du Groupe spécial *CE – Linge de lit (article 21 :5 – Inde)*, 29 novembre 2002, WT/DS/141/RW ; v. également les paragraphes 6.18-6.19 de ce rapport).

Un réexamen concernant la mesure en cause dans un rapport adopté par l'ORD a également été conduit dans l'affaire *saumon d'élevage de Norvège*. Suite à l'adoption, le 15 janvier 2008, du rapport du Groupe spécial *Communautés européennes – Mesure antidumping visant le saumon d'élevage en provenance de Norvège*, 16 novembre 2007, WT/DS337/R, la Commission a ouvert un réexamen (aussi appelé « processus de mise en œuvre »), clos par le Conseil suite à l'abrogation des mesures antidumping (v. l'avis relatif à la mise en œuvre du rapport du groupe spécial adopté par l'organe de règlement des différends de l'OMC concernant les mesures antidumping applicables aux importations de saumon originaire de Norvège, *JOUE* C 127, 24 mai 2008, p. 32, et l'avis relatif à la clôture du processus de mise en œuvre du rapport du groupe spécial adopté par l'organe de règlement des différends de l'OMC concernant les mesures antidumping applicables aux importations de saumon originaire de Norvège, *JOUE* C 298, 21 novembre 2008, p. 7).

Par ailleurs, dans l'affaire des *accessoires de tuyauterie en fonte*, avant même l'adoption du règlement (CE) n° 1515/2001, un producteur-exportateur d'accessoires de tuyauterie en fonte tchèque avait saisi la Commission, quelques jours seulement après l'adoption des rapports par l'ORD le 12 mars 2001, d'une demande de modification du droit antidumping institué par le règlement (CE) n° 1784/2000 (*JOCE* L 208, 18 août 2000, p. 8), motivée par l'argument selon lequel son taux de droit antidumping individuel reposait sur des méthodes non conformes aux conclusions contenues dans ces rapports (v. l'avis d'ouverture d'un réexamen des mesures antidumping applicables aux importations de certains accessoires de tuyauterie en fonte malléable originaires du Brésil, de la République tchèque, du Japon, de la République populaire de Chine, de la République de Corée et de Thaïlande, *JOCE* C 342, 5 décembre 2001, p. 5. Ce réexamen a été clos par la suite, sans modification des droits antidumping, faute de participation des producteurs-exportateurs).

Enfin, un réexamen conformément au règlement (CE) n° 1515/2001 fut également effectué, dans l'affaire des *planches à repasser de Chine*, à la suite d'un différend ne concernant pas la Communauté (rapport de l'Organe d'appel *Mexique – Mesures antidumping définitives visant la viande de bœuf et le riz*, du 29 novembre 2005, WT/DS295/AB/R). La Commission a ouvert un réexamen (*JOUE* C 237, 2 octobre 2009, p. 5) qui a conduit le Conseil à modifier un règlement imposant des droits antidumping afin de tenir compte d'une interprétation juridique formulée dans ce rapport (règlement d'exécution (UE) n° 1241/2010 du Conseil, du 20 décembre 2010, modifiant le règlement (CE) n° 452/2007 instituant un droit antidumping définitif sur les importations de planches

104. Par ailleurs, il convient de souligner que les juridictions européennes tiennent compte de la jurisprudence de l'ORD dans l'interprétation des dispositions du règlement de base qui doivent l'être « *dans la mesure du possible, à la lumière des dispositions correspondantes de l'accord antidumping* ». En effet, « *si les interprétations de l'accord antidumping adoptées par l'organe de règlement des différends de l'OMC ne sont pas susceptibles de lier le Tribunal dans son appréciation de la validité du règlement attaqué [...], rien ne s'oppose à ce que le Tribunal y fasse référence, dès lors qu'il s'agit de procéder [...] à l'interprétation d'une disposition du règlement de base* »⁴⁴⁹.

§ II. La compétence principale de l'Union en matière d'application de la législation

105. Sans être exclusive, la compétence de l'Union en matière de mise en œuvre de la législation antidumping de base est principale et caractérisée par l'émergence récente de la Commission comme véritable autorité antidumping (**A.**). Quant aux États membres, si la réforme récente des procédures d'adoption des mesures de défense commerciale développe les interventions des comités auxquels ils participent, leur rôle demeure second par rapport à celui de l'institution européenne (**B.**).

A. La récente consécration de la Commission comme autorité antidumping

106. Parmi les institutions de l'Union, la Commission est désormais l'acteur principal de la mise en œuvre de la législation antidumping. Pour la conduite des procédures antidumping, depuis l'origine de l'antidumping communautaire, c'est elle qui tient le premier rôle (**1°**). Mais pour l'adoption des mesures, jusque récemment, la répartition des compétences octroyait au Conseil un rôle important. La récente réforme de cette répartition⁴⁵⁰, faisant suite aux modifications dans l'attribution des

à repasser originaires, entre autres, de la République populaire de Chine, *JOUE* L 338, 22 décembre 2010, p. 8).

⁴⁴⁹ Trib.UE, 25 octobre 2011, *Transnational Company "Kazchrome" AO e.a. c/ Conseil*, aff. T-192/08, *Rec.* p. II-7449 (pts 35-36).

⁴⁵⁰ Par le règlement (UE) n° 37/2014, préc.

compétences d'exécution introduites par le traité de Lisbonne⁴⁵¹ et mises en œuvre par le règlement *comitologie*⁴⁵², a réduit comme peau de chagrin son rôle au bénéfice de la Commission et de nouveaux comités (2°).

1° La conduite des procédures antidumping

107. La conduite des procédures antidumping peut être ainsi résumée. Sur plainte de l'industrie européenne⁴⁵³, adressée à la Commission⁴⁵⁴ et jugée par elle recevable⁴⁵⁵, une procédure est ouverte. L'ouverture de la procédure par la Commission doit intervenir dans les quarante-cinq jours suivant le dépôt de la plainte et faire l'objet d'une publication au Journal officiel. L'avis d'ouverture de la procédure annonce l'ouverture d'une enquête qui doit, en principe, être achevée dans un délai d'un an et, en tout état de cause, dans un délai de quinze mois. Une période d'enquête est choisie, couvrant normalement une période d'une durée minimale de six mois immédiatement antérieure à l'ouverture de la procédure. En principe, seuls les renseignements relatifs à cette période seront pris en compte. L'enquête est conduite par la Commission qui recueille les informations des plaignants mais aussi des parties intéressées⁴⁵⁶, sollicite des renseignements auprès des États membres⁴⁵⁷ et envoie des questionnaires aux producteurs-exportateurs, importateurs, membres de l'industrie de

⁴⁵¹ L'article 202 CE faisait du Conseil le titulaire des compétences d'exécution qu'il devait en principe déléguer à la Commission, en gardant la possibilité, « *dans des cas spécifiques* », de se réserver des compétences d'exécution. Le principe posé par l'article 291 TFUE est (lorsque des conditions uniformes d'exécution justifient que ce ne soient pas les États membres qui assurent la mise en œuvre des actes de l'Union) celui de la compétence de la Commission, sauf dans les « *cas spécifiques dûment justifiés* » (et en matière de politique étrangère et de sécurité commune) où les compétences d'exécution sont conférés au Conseil.

⁴⁵² Règlement (UE) n° 182/2011 du Parlement européen et du Conseil, du 16 février 2011, établissant les règles et principes généraux relatifs aux modalités de contrôle par les États membres de l'exercice des compétences d'exécution par la Commission, *JOUE* L 55, 28 février 2011, p. 13 (le règlement *comitologie*). Le règlement (UE) n° 37/2014 (préc.) rend applicable à la matière antidumping les procédures prévues par le règlement *comitologie*.

⁴⁵³ Quant à la définition de cette industrie de l'Union, v. articles 4 et 5 du règlement de base et, *supra*, n° 29 et s. L'industrie de l'Union dispose d'un quasi-monopole de l'initiative en matière d'action antidumping. La Commission ne peut ouvrir une procédure sans être saisie d'une plainte que « *dans des circonstances spéciales* », non définies par le règlement de base, et à condition d'être « *en possession d'éléments de preuve suffisants de l'existence d'un dumping, d'un préjudice et d'un lien de causalité* », éléments dont le règlement ne prévoit la fourniture que par les États membres, à l'exclusion de toute autre personne intéressée (paragraphe 1 et 6 de l'article 5 du règlement de base).

⁴⁵⁴ La plainte peut, également, être adressée à un État membre qui, dans ce cas, la transmet à la Commission (article 5, paragraphe 1, du règlement de base).

⁴⁵⁵ S'agissant des conditions de recevabilité de la plainte, v. article 5 du règlement de base. V. également *infra* n° 453 et s.

⁴⁵⁶ Quant aux parties intéressées, v., *infra*, n° 545 et s.

⁴⁵⁷ Article 6, paragraphe 3, du règlement de base.

l'Union et utilisateurs dans l'Union européenne⁴⁵⁸. La Commission peut effectuer des visites de vérification chez les importateurs, exportateurs, opérateurs commerciaux, agents, producteurs, associations et organisations professionnelles, afin d'examiner leur livres de comptes et vérifier les renseignements fournis. Des enquêtes dans le pays d'exportation peuvent être conduites, avec l'accord des entreprises concernées et sauf opposition du gouvernement de leur pays, officiellement avisé⁴⁵⁹. La Commission peut entendre les parties intéressées et organiser une audition⁴⁶⁰.

108. Lorsqu'il résulte de l'enquête qu'aucune mesure n'est nécessaire⁴⁶¹, la procédure est close⁴⁶². En revanche, s'il ressort de l'enquête qu'il y a dumping, préjudice important et lien de causalité entre eux, et une action n'est pas contraire à l'intérêt de l'Union, la Commission adopte un droit antidumping définitif (jusqu'à la réforme de janvier 2014, cette décision revenait formellement au Conseil, sur proposition de la Commission). L'adoption des mesures antidumping n'épuise pas le rôle d'enquêteur de la Commission. Elle est notamment responsable de la conduite des enquêtes nécessaires dans le cadre des divers éventuels réexamens des mesures adoptées⁴⁶³, ainsi que des enquêtes de réouverture⁴⁶⁴ et anti-contournement⁴⁶⁵ le cas échéant. Enfin, elle conduit aussi les enquêtes de remboursement lorsqu'une demande de restitution des droits antidumping est présentée par un importateur⁴⁶⁶.

⁴⁵⁸ Article 6, paragraphe 2, du règlement de base.

⁴⁵⁹ Article 16 du règlement de base.

⁴⁶⁰ V., sur ces aspects de la procédure, v., *infra*, n° 548 et s. et n° 560 et s.

⁴⁶¹ La procédure antidumping doit également être clôturée lorsque le préjudice est négligeable, ou la marge de dumping *de minimis* (article 9, paragraphe 3, du règlement de base).

⁴⁶² Jusqu'à la réforme par le règlement (UE) n° 37/2014 (préc.), les étapes étaient les suivantes : la décision de clôture était prise par la Commission, sauf objection du comité antidumping. Dans ce cas, la proposition de clôture était adressée par la Commission au Conseil et elle était réputée adoptée à l'expiration d'un délai d'un mois si le Conseil, à la majorité qualifiée, n'en avait pas décidé autrement (article 9, paragraphe 2, du règlement de base avant les modifications par le règlement (UE) n° 37/2014). Quant à la procédure actuelle pour la clôture de la procédure sans institution de mesure, v. *infra* n° 110.

⁴⁶³ Réexamens à l'expiration, réexamens intermédiaires, et réexamens au titre du nouvel exportateur (article 11 du règlement de base, respectivement paragraphes 2, 3 et 4), et réexamens conduits conformément au règlement (CE) n° 1515/2001.

⁴⁶⁴ Article 12 du règlement de base.

⁴⁶⁵ Article 13 du règlement de base.

⁴⁶⁶ Article 11, paragraphe 8, du règlement de base.

2° L'adoption des mesures antidumping

109. Les mesures antidumping qui peuvent être adoptées par les institutions de l'Union sont de deux types mais de trois formes⁴⁶⁷ : droits provisoires et droits définitifs, d'une part, engagements en matière de prix, d'autre part⁴⁶⁸. Ces derniers sont une forme de mesure antidumping qui, bien que non visée par l'article VI du GATT, est prévue et réglementée par le Code antidumping⁴⁶⁹ dans des conditions reprises, en des termes quasi-identiques, par le règlement antidumping de base⁴⁷⁰.

Depuis l'origine, la Commission est responsable de l'adoption des mesures provisoires⁴⁷¹ et de l'acceptation des engagements de prix⁴⁷². Jusqu'à la réforme récente, le Conseil pouvait seulement s'opposer à ses décisions à la majorité qualifiée⁴⁷³. En revanche, l'institution d'un droit antidumping définitif était de sa compétence, même si la Commission jouait déjà un rôle essentiel, puisqu'elle lui présentait, après consultation du comité, la proposition de droit définitif et que, depuis la réforme de 2004, sa proposition était réputée « *adoptée par le Conseil à moins qu'il ne décide, en statuant à la majorité simple, de la rejeter dans un délai d'un mois à partir de sa présentation par la Commission* »⁴⁷⁴.

⁴⁶⁷ Deux types de mesures (droits et engagements) mais trois formes de mesures, selon la jurisprudence des groupes spéciaux et de l'Organe d'appel de l'ORD, qui distinguent les droits antidumping définitifs, les mesures provisoires et les engagements.

⁴⁶⁸ Ces mesures antidumping sont exposées plus en détail *infra*, partie II, titre II, chapitre I, section 1, n° 426 et s.

⁴⁶⁹ Par le Code antidumping de 1994 (article 8), comme par les codes précédents (Code antidumping de 1967, article 7 ; Code antidumping de 1979, article 7).

⁴⁷⁰ Par le règlement de base actuellement en vigueur (article 8), comme par tous les précédents règlements de base.

⁴⁷¹ V., actuellement, article 7 du règlement de base.

⁴⁷² V., actuellement, article 8 du règlement de base. Sur les engagements, v. *infra* n° 438 et s.

⁴⁷³ S'agissant des mesures provisoires : lorsqu'une mesure était adoptée par la Commission, après consultation du comité consultatif ou, en cas d'urgence, information des États membres (avec consultation ultérieure), elle en informait immédiatement le Conseil qui, statuant à la majorité qualifiée, pouvait « *prendre une décision différente* » (article 7, paragraphes 4 à 6, du règlement de base, avant les modifications apportées par le règlement (UE) n° 37/2014). Quant aux engagements : lorsqu'un engagement était accepté par la Commission après consultation du comité consultatif, si aucune objection n'était soulevée au sein du comité, l'enquête était close. Mais si une objection était soulevée, la Commission devait soumettre au Conseil un rapport sur les résultats des consultations, assorti d'une proposition de clôture de l'enquête. L'enquête était « *réputée close si, dans un délai d'un mois, le Conseil, statuant à la majorité qualifiée, n'en [avait] pas décidé autrement* » (article 8, paragraphe 5, du règlement de base, avant les modifications apportées par le règlement (UE) n° 37/2014).

⁴⁷⁴ Article 9, paragraphe 4, du règlement de base, avant les modifications apportées par le règlement (UE) n° 37/2014, préc. Jusqu'en 2004 (règlement (CE) n° 461/2004 du Conseil, du 8 mars 2004, modifiant le règlement (CE) n° 384/96, *JOUE* L 77, 13 mars 2004, p. 11), une proposition de la Commission n'était adoptée que si la majorité simple des États membres votait en sa faveur, les

110. La réforme des procédures d'adoption des mesures de défense commerciale opérée par le règlement (UE) n° 37/2014 du 15 janvier 2014, entrée en vigueur le 20 février 2014, modifie assez profondément la situation antérieure (certaines procédures entamées restant gouvernées par l'ancien système⁴⁷⁵). La Commission est toujours responsable de l'adoption des mesures provisoires et de l'acceptation des engagements, certes selon une procédure réformée. Mais elle l'est aussi désormais pour l'édition des droits définitifs. À cet égard, c'est la *procédure d'examen* prévue par l'article 5 du règlement *comitologie* qui doit être suivie, avec cependant quelques particularités propres à l'antidumping (et à l'anti-subsidation)⁴⁷⁶.

- Le principe est que l'avis conforme du comité antidumping, émis à la majorité qualifiée, est nécessaire pour que la Commission puisse instituer un droit antidumping définitif ; lorsque l'avis est « favorable », la Commission « adopte le projet »⁴⁷⁷.

- Un avis défavorable à la majorité qualifiée empêche l'adoption de la proposition. Dans ce cas, deux options s'offrent à la Commission si elle estime que l'acte proposé est nécessaire : soit, dans les deux mois, elle soumet au comité une version modifiée de sa proposition initiale ; soit, dans un délai d'un mois, elle saisit le *comité d'appel* de la proposition inchangée⁴⁷⁸. Si ce dernier rend un avis favorable à la majorité qualifiée, la Commission adopte son projet. S'il ne rend pas d'avis, la Commission peut adopter son projet. S'il rend un avis défavorable à la majorité qualifiée, la Commission n'adopte pas son projet.

- Les particularités ci-avant évoquées concernent la situation où le comité n'émet aucun avis et qu'une majorité simple de ses membres s'oppose au projet. La Commission doit alors mener des consultations avec les États membres, informer les membres du comité des résultats des consultations, puis soumettre un projet au comité d'appel (qui statue alors selon les modalités présentées dans le tiret précédent).

abstentions étant ainsi comptabilisées comme des voix contre, ce dont il pouvait résulter que la proposition n'était pas adoptée en raison du nombre d'abstention. Après cette réforme, les mesures proposées étaient réputées adoptées par le Conseil à moins qu'il n'ait décidé, à la majorité simple, de la rejeter dans un délai d'un mois à compter de sa présentation par la Commission.

⁴⁷⁵ Article 3 du règlement (UE) n° 37/2014, préc.

⁴⁷⁶ V. paragraphe 5 de l'article 5 du règlement *comitologie*.

⁴⁷⁷ Article 5, paragraphe 2, du règlement *comitologie*.

⁴⁷⁸ Dont le rôle est régi par l'article 6 du règlement *comitologie*.

En ce qui concerne les engagements, si la *procédure consultative* de l'article 4 du règlement *comitologie* est suivie pour leur acceptation (avis simple du comité, dont la Commission doit seulement tenir le plus grand compte), la clôture de l'enquête est décidée selon la *procédure d'examen* de l'article 5. De même, la clôture sans institution de mesures a lieu selon cette procédure. Quant aux mesures provisoires, elles sont adoptées selon la *procédure consultative adaptée* de l'article 8, en liaison avec l'article 4, du règlement *comitologie*.

Ainsi dans le nouveau régime décisionnel, les États membres peuvent-ils, à la majorité qualifiée au sein du comité ou du comité d'appel, s'opposer aux décisions de la Commission ayant des effets *définitifs* sur une procédure antidumping, qu'il s'agisse de l'adoption de droits définitifs, de la clôture d'enquête suite à l'acceptation d'un engagement, ou de la clôture de procédure sans institution de mesure. Pour l'institution de mesures définitives, les pouvoirs de la Commission sont renforcés, puisqu'auparavant une majorité simple des États membres, au sein du Conseil, pouvait faire obstacle à l'adoption de sa proposition.

111. Le rôle du Conseil, depuis l'origine important dans la mise en œuvre de la législation de base, notamment s'agissant de l'édiction des droits définitifs, est désormais très limité. Il peut seulement, à l'instar du Parlement européen, exercer un « *droit de regard* »⁴⁷⁹. À ce titre, l'un et l'autre peuvent indiquer à la Commission qu'un projet d'acte d'exécution excède ses compétences d'exécution prévues par le règlement de base. La Commission doit alors réexaminer son projet en tenant compte de cette position et informer le Conseil ou le Parlement de son intention de maintenir, de modifier ou de retirer son projet.

B. L'implication toujours limitée des États membres

112. Le renforcement du rôle de la Commission récemment opéré s'accompagne d'une plus grande implication des États membres dans la procédure antidumping, dans le cadre du *comité antidumping* qui sort renforcé de la réforme des procédures d'adoption des mesures de défense commerciale (1^o). Par ailleurs, les États membres jouent un rôle important, mais secondaire, à travers l'assistance que leurs autorités administratives apportent à la Commission dans ses enquêtes, et par l'implication de

⁴⁷⁹ Article 11 du règlement *comitologie*, préc.

leurs administrations douanières dans la mise en œuvre des mesures d'exécution adoptées (2°).

1° Le rôle du comité antidumping dans la procédure antidumping

113. Un comité consultatif, composé de représentants de chaque État membre et présidé par un représentant de la Commission, est institué par la législation antidumping de base⁴⁸⁰. Jusqu'à la réforme des procédures d'adoption des mesures de défense commerciale de janvier 2014, la défense commerciale ne relevait pas du champ d'application de la décision *comitologie*⁴⁸¹. Elle relève désormais de la *nouvelle comitologie* résultant du traité de Lisbonne et mise en place par le règlement *comitologie*⁴⁸².

Avant cette réforme, le comité était consulté, le cas échéant uniquement par écrit, à de nombreux stades de l'enquête et de la procédure antidumping⁴⁸³. Si une objection était émise au sein du comité sur la proposition de la Commission de clôture de procédure sans institution de mesures, ou de clôture de l'enquête suite à l'acceptation

⁴⁸⁰ Jusqu'au règlement (UE) n° 37/2014, la composition de ce comité était fixé par l'article 15, paragraphe 1, du règlement de base ; désormais, l'article 15 du règlement de base renvoie au règlement (UE) n° 182/2011, préc., dont l'article 3, paragraphe 2, dispose : « *La Commission est assistée par un comité composé des représentants des États membres. Le comité est présidé par un représentant de la Commission* ».

⁴⁸¹ Décision n° 1999/468/CE du Conseil, du 28 juin 1999, fixant les modalités de l'exercice des compétences d'exécution conférées à la Commission, *JOCE* L 184, 17 juillet 1999, p. 23, telle que modifiée par la décision n° 2006/512/CE du Conseil, *JOCE* L 200, 22 juillet 2007, p. 11.

⁴⁸² Règlement (UE) n° 182/2011, préc.

⁴⁸³ À cette fin, son président devait communiquer aux États membres, en temps utile, les informations nécessaires à leur consultation. Le comité était consulté avant l'ouverture d'une procédure. Une fois celle-ci ouverte, il était consulté sur l'existence d'un dumping et des méthodes permettant de déterminer la marge de dumping, sur l'existence d'un préjudice et son importance, sur le lien de causalité entre les importations faisant l'objet d'un dumping et le préjudice, sur les mesures appropriées dans les circonstances de l'espèce pour prévenir ou remédier au préjudice causé par le dumping et sur les modalités d'application de ces mesures. Il l'était aussi au sujet de l'octroi du statut de société opérant dans les conditions d'une économie de marché (sollicité par un producteur de pays tiers en transition vers une économie de marché), avant l'acceptation d'engagements par la Commission et avant le retrait d'une telle acceptation, préalablement à toute clôture d'une procédure ou enquête par la Commission. Il l'était encore avant l'institution de droits provisoires par la Commission, avant la transmission au Conseil d'une proposition d'institution de droits définitifs, préalablement à l'ouverture d'un réexamen d'une mesure antidumping et à la réouverture d'une enquête, avant toute décision sur une demande de remboursement de droits antidumping, et préalablement à l'ouverture d'une enquête anti-contournement. Il l'était, enfin, avant toute suspension de mesures antidumping et toute reprise de mesures suspendues et préalablement à l'injonction aux autorités douanières nationales d'enregistrer les importations. Par ailleurs, « [l']*équilibre des opinions exprimées au sein du comité* » quant à l'intérêt de l'Union à l'adoption de mesures antidumping devait « *être pris en considération par la Commission dans toute proposition* », adressée au Conseil, d'instituer des mesures définitives (règlement de base avant les modifications apportées par le règlement (UE) n° 37/2014).

d'engagements⁴⁸⁴, la Commission devait soumettre un rapport au Conseil sur les résultats des consultations au sein du comité, assorti d'une proposition de clôture. La procédure ou l'enquête, selon le cas, était réputée close si, dans un délai d'un mois, le Conseil n'en décidait pas autrement à la majorité qualifiée⁴⁸⁵.

114. Le rôle du comité est profondément modifié par la réforme des procédures d'adoption des mesures de défense commerciale opérée par le règlement (UE) n° 37/2014. Dans le cadre de ce comité, mais aussi d'un comité d'appel nouvellement créé, les États membres sont chargés de contrôler l'exercice par la Commission de ses compétences d'exécution en matière antidumping. L'avis conforme du comité, exprimé à la majorité qualifiée, est notamment requis pour l'adoption d'une proposition de mesures définitives. Son opposition oblige la Commission à modifier son projet ou à saisir un comité d'appel qui peut empêcher, à la majorité qualifiée, l'adoption des mesures proposées⁴⁸⁶.

Dans le cadre du comité et du comité d'appel, les États membres peuvent proposer des modifications à la proposition de la Commission, qui sont acceptées ou rejetées par le président du comité, *i.e.* le représentant de la Commission. L'État membre qui serait mécontent du rejet de sa proposition peut seulement rejeter la proposition dans son ensemble. L'importance concrète de cette possibilité ouverte aux États membres est cependant attestée par deux déclarations jointes au règlement (UE) n° 37/2014 : l'une du Conseil qui précise les modalités de présentation de telles propositions⁴⁸⁷ ; l'autre de la Commission dans laquelle elle s'engage à « *gérer de manière efficace tous les aspects des procédures antidumping [...], y compris la possibilité pour les États membres de proposer des modifications* »⁴⁸⁸.

⁴⁸⁴ La clôture (de l'enquête) ne concernant alors que les importations couvertes par les engagements acceptés, alors qu'une clôture de procédure concerne toutes les importations du produit concerné.

⁴⁸⁵ Article 8, paragraphe 5 (clôture d'enquête), et article 9, paragraphe 2 (clôture de procédure), du règlement de base, avant les modifications apportées par le règlement (UE) n° 37/2014.

⁴⁸⁶ V., *supra* n° 110.

⁴⁸⁷ *Déclaration du Conseil concernant l'application de l'article 3, paragraphe 4, et de l'article 6, paragraphe 2, du règlement (CE) n° 182/2011 en liaison avec des procédures antidumping et antisubventions au titre des règlements (CE) n° 1225/2009 et n° 597/2009, JOUE L 18, 21 janvier 2014, p. 48.*

⁴⁸⁸ *Déclarations de la Commission en liaison avec les procédures antidumping et antisubventions au titre des règlements (CE) n° 1225/2009 et n° 597/2009, JOUE L 18, 21 janvier 2014, p. 49.*

2° Le rôle des autorités nationales dans les enquêtes et la mise en œuvre des mesures antidumping

115. Dans le cadre de la procédure antidumping, outre la fourniture de renseignements à la demande de la Commission⁴⁸⁹, les États membres peuvent jouer un rôle d'assistance de cette dernière dans la conduite de ses enquêtes. Ainsi, la Commission peut demander aux États membres « *d'effectuer toutes les vérifications et tous les contrôles nécessaires, notamment auprès des importateurs, des opérateurs commerciaux et des producteurs communautaires et d'effectuer des enquêtes dans les pays tiers* ». Les agents des États membres peuvent être assistés d'agents de la Commission dans l'exercice de ces missions⁴⁹⁰. Inversement, les agents des États membres qui en expriment le désir, peuvent assister la Commission lors des visites de vérifications qu'elle effectue⁴⁹¹.

116. Par ailleurs, les autorités douanières nationales jouent un rôle essentiel s'agissant de l'application concrète des actes pris en matière antidumping par la Commission ou le Conseil. Avant même l'adoption de mesures antidumping, la Commission peut leur enjoindre d'enregistrer les importations afin que des mesures puissent être appliquées à leur endroit à partir de la date de leur enregistrement⁴⁹². Les États membres doivent, mensuellement, rapporter à la Commission les importations de produits soumis à des enquêtes ou à des mesures, ainsi que le montant des droits antidumping qu'ils ont perçus⁴⁹³. Leurs autorités sont en effet chargées du recouvrement⁴⁹⁴, pour le compte de l'Union, des droits antidumping qui abondent son budget. En matière d'engagements, l'aide des autorités compétentes des États membres peut être sollicitée par la Commission pour assurer la surveillance de leur respect par les entreprises concernées⁴⁹⁵.

*

⁴⁸⁹ Article 6, paragraphe 3, du règlement de base ; v., également, article 14, paragraphe 7, dudit règlement.

⁴⁹⁰ Article 6, paragraphe 4, du règlement de base.

⁴⁹¹ Article 16, paragraphe 4, du règlement de base.

⁴⁹² Article 14, paragraphe 5, du règlement de base.

⁴⁹³ Article 14, paragraphe 6, du règlement de base.

⁴⁹⁴ Article 14, paragraphe 1, du règlement de base, qui prévoit la perception des droits par les États membres « *selon la forme, le taux et les autres éléments fixés par le règlement qui les impose* ».

⁴⁹⁵ Article 8, paragraphe 9, du règlement de base.

117. De même que les compétences des États membres en matière tant législative qu'exécutive sont réduites par une centralisation de l'action antidumping au niveau des institutions de l'Union, s'agissant du contrôle juridictionnel de cette action, le rôle des juridictions nationales est également limité. Les mesures antidumping adoptées par les institutions ne sont soumises qu'au contrôle limité⁴⁹⁶ du Tribunal et, sur pourvoi, de la Cour de justice. Lorsque la validité d'une mesure est contestée devant une juridiction nationale à l'occasion d'un litige – notamment relatif aux mesures d'application prises par une autorité nationale –, cette juridiction ne peut que la confirmer. Si elle estime la mesure invalide, elle doit saisir la Cour de justice à titre préjudiciel. À cet égard, la matière antidumping ne présente aucune spécificité et les mêmes règles s'appliquent, notamment, aux décisions prises par les institutions de l'Union en matière de concurrence. Cette centralisation de l'action antidumping en matière législative et exécutive, vérifiée aussi en matière judiciaire, contraste avec une répartition des compétences entre l'Union et ses États membres, tant législative quant aux règles de concurrence, qu'administrative et judiciaire s'agissant de la mise en œuvre des règles de concurrence de l'Union.

Section 2 – Une répartition des compétences entre l'Union et les États membres en matière antitrust

118. Si en créant la Communauté, ou en y adhérant ultérieurement, les États membres ont renoncé, en matière antidumping, à leurs compétences tant normatives que d'exécution, le transfert de compétence a été plus limité en matière de lutte contre les pratiques anticoncurrentielles. Pour l'adoption des règles antitrust, le caractère exclusif de la compétence confiée à l'Union est quelque peu trompeur, car cette compétence exclusive ne s'exerce que dans un domaine limité, n'excluant pas l'existence de législations antitrust nationales. Ainsi la compétence normative est-elle partagée entre l'Union et ses États membres (§ I.). Par ailleurs, pour l'application du droit antitrust de l'Union, les administrations et juridictions des États membres jouent un rôle essentiel, qui contraste avec leur marginalisation en matière antidumping. Un véritable partage des compétences d'application prévaut en matière

⁴⁹⁶ Sur le caractère limité du contrôle du Tribunal, v. *infra* n° 350.

de règles antitrust européennes, organisant une réelle décentralisation de leur mise en œuvre (§ II.).

§ I. Un partage de la compétence d'adoption de règles antitrust

119. La compétence législative de l'Union en matière de règles de concurrence applicables aux entreprises est exclusive quant à celles qui sont nécessaires au fonctionnement du marché intérieur et qui sont dirigées contre les pratiques d'entreprises affectant le commerce entre États membres. Si elle est ainsi limitée quant à son domaine, elle s'exerce plus librement qu'en matière antidumping (A.). En application du principe d'attribution qui régit la délimitation des compétences de l'Union, les États membres demeurent compétents pour adopter des règles antitrust (B.).

A. Une compétence exclusive de l'Union limitée, mais exercée plus librement qu'en matière antidumping

120. Comme en matière antidumping, l'Union jouit, en matière de règles antitrust, d'une compétence normative exclusive. Mais ces deux compétences exclusives sont distinctes à deux égards : la compétence exclusive en matière antitrust a un domaine limité (2°), et elle s'exerce sans la contrainte d'un encadrement international tel que celui existant en matière antidumping (1°).

1° Une compétence exclusive exercée sans les contraintes internationales existant en matière antidumping

121. En matière antitrust, il n'existe rien de comparable à l'encadrement de l'action antidumping de l'Union par les règles de l'OMC (article VI du GATT et Code antidumping) et par le système de règlement des différends de cette organisation internationale⁴⁹⁷. Au contraire de la législation antidumping, les règles de concurrence de l'Union en matière de pratiques anticoncurrentielles ne résultent pas d'une transposition de règles de l'OMC, et une violation de normes internationales supérieures à l'occasion de leur mise en œuvre ne saurait être alléguée devant, ni

⁴⁹⁷ Présenté *supra* n° 99 et s.

constatée par une quelconque instance internationale. Une soumission équivalente du droit antitrust de l'Union est envisageable. Plusieurs voies existent pour une internationalisation des règles de concurrence, notamment celle d'un accord contenant des normes visant les pratiques anticoncurrentielles dans le commerce international, et celle de l'adoption de normes d'uniformisation des législations nationales. L'approche retenue en matière antidumping s'apparente à cette dernière, puisque le droit de l'OMC limite la possibilité pour les Membres de réagir contre le dumping, en encadrant leur éventuelle législation antidumping et les applications qu'ils en font dans des cas concrets. La Charte de La Havane comportait un chapitre dédié aux *pratiques commerciales restrictives* qui aurait constitué, si elle était entrée en vigueur⁴⁹⁸, un droit international de la concurrence visant les comportements qui, sur le marché mondial, pouvaient entraver la concurrence. Ainsi était-il prévu d'établir un « véritable droit international de la concurrence dont l'objet [n'aurait pas été] seulement d'organiser l'application des différents droits locaux de la concurrence »⁴⁹⁹.

122. Certes, la politique de concurrence de l'Union ne se développe pas en complète autarcie. Elle est sujette à des influences extérieures, notamment à travers les travaux des enceintes internationales auxquelles ses institutions participent, par les instruments de *soft law* non contraignants adoptés en particulier dans les cadres de l'OCDE et de la CNUCED, et *via* la coopération mise en place par des accords conclus avec des pays tiers, dont il résulte une certaine convergence des droits de la concurrence. Mais l'Union ne peut être contrainte, par une organisation internationale, à modifier son droit antitrust et sa pratique quant à la mise en œuvre de celui-ci. Au contraire, en matière antidumping, il découle des engagements auxquels, certes, ses Membres et elle ont volontairement souscrit, qu'elle peut être conduite à réviser le règlement de base à la suite d'un rapport adopté par l'ORD, constatant qu'une de ses dispositions est incompatible avec le Code antidumping⁵⁰⁰.

⁴⁹⁸ V. note de bas de page n° 357 sous n° 76 *supra*.

⁴⁹⁹ Nicolas LIGNEUL, *L'élaboration d'un droit international de la concurrence entre les entreprises*, thèse, Bruxelles, Bruylant-Éditions de l'Université de Bruxelles, 2001, 382 p. ; ici p. 25-26. Une note de l'auteur précise que le terme « locaux » employé dans cette citation signifie : « [r]égionaux ou nationaux ».

⁵⁰⁰ Par exemple en 2012, avec l'adoption du règlement (UE) n° 765/2012 du Parlement européen et du Conseil, du 13 juin 2012, *modifiant le règlement (CE) n° 1225/2009 du Conseil relatif à la défense*

2° Une compétence exclusive limitée aux règles nécessaires au fonctionnement du marché intérieur

123. Aux termes de l'article 3, paragraphe 1, TFUE, « l'Union dispose d'une compétence exclusive »⁵⁰¹ pour « b) l'établissement des règles de concurrence nécessaires au fonctionnement du marché intérieur », lequel, au terme du Protocole sur le marché intérieur et la concurrence, « comprend un système garantissant que la concurrence n'est pas faussée ». Ces dispositions succèdent à celles de l'article 3, paragraphe 1, g), CE, selon lesquelles « l'action de la Communauté comporte [...] g) un régime assurant que la concurrence n'est pas faussée dans le marché intérieur ». L'article 3, paragraphe 1, TFUE « clarifie ainsi la situation pour ce qui concerne la politique de concurrence »⁵⁰². La compétence de l'Union étant exclusive, le principe de subsidiarité énoncé par l'article 5 TUE ne s'applique pas. L'Union est « seule à pouvoir intervenir, ce qui interdit toute action législative ou réglementaire des États membres » qui, pouvant seulement « mettre en œuvre les actes pris par l'Union », n'ont plus qu'une « compétence [...] résiduelle »⁵⁰³.

L'exclusivité a cependant un domaine limité⁵⁰⁴ : l'Union n'est compétente qu'en matière de règles nécessaires au fonctionnement du marché intérieur, en vue d'assurer que la concurrence n'y soit pas faussée. Le droit antitrust de l'Union n'appréhende que les pratiques anticoncurrentielles susceptibles d'affecter le commerce entre États

contre les importations qui font l'objet d'un dumping de la part de pays non membres de la Communauté européenne (JOUE L 237, 3 septembre 2012, p. 1), afin de tenir compte de l'adoption par l'ORD des rapports du Groupe spécial et de l'Organe d'appel dans le différend Communautés européennes – Mesures antidumping définitives visant certains éléments de fixation en fer ou en acier en provenance de Chine.

⁵⁰¹ L'article 2, paragraphe 1, TFUE indique que « lorsque les traités attribuent à l'Union une compétence exclusive dans un domaine déterminé, seule l'Union peut légiférer et adopter des actes juridiquement contraignants, les États membres ne pouvant le faire par eux-mêmes que s'ils sont habilités par l'Union, ou pour mettre en œuvre les actes de l'Union ». Jusqu'alors, la nature de la compétence de l'Union n'était pas explicitée par le traité. Il ne s'agit donc ni d'une compétence partagée, ni d'une compétence d'appui, de coordination ou de complément (article 2, paragraphes 2 et 5, TFUE).

⁵⁰² François-Xavier PRIOLLAUD et David SIRITZKY, *Le traité de Lisbonne, Texte et commentaire article par article des nouveaux traités européens (TUE-TFUE)*, op. cit. ; spéc. p. 159.

⁵⁰³ *Ibid.*

⁵⁰⁴ Cette compétence exclusive ne concerne pas que les règles antitrust, mais couvre aussi les « aides accordées par les États » (articles 107 à 109 TFUE), ainsi que les concentrations des entreprises ayant une dimension communautaire.

membres⁵⁰⁵. Le « *critère de l'affectation du commerce* »⁵⁰⁶ détermine l'applicabilité du droit de l'Union. Son champ d'application est limité aux pratiques « *susceptibles d'avoir un niveau minimal d'effets transfrontaliers* »⁵⁰⁷ à l'intérieur de l'Union, *i.e.* susceptibles d'affecter « *de façon sensible* » le commerce entre États membres⁵⁰⁸. Si une partie des règles antitrust figurent dans le traité lui-même (articles 101 et 102 TFUE), les autres résultent d'instruments de droit dérivé adoptés par le Conseil⁵⁰⁹, ainsi que par la Commission selon les habilitations délivrées par ce dernier, sans oublier les nombreuses communications de la Commission qui explicitent la manière dont elle applique ces règles normatives et invitent les autorités et juridictions nationales à le faire.

B. Une compétence conservée par les États membres en matière de pratiques anticoncurrentielles

124. La compétence exclusive de l'Union ainsi délimitée n'exclut pas une certaine compétence des États membres. En premier lieu, leurs législations peuvent proscrire les ententes et abus de position dominante qui n'affectent pas le commerce entre États membres, et ne relèvent donc pas du droit de l'Union. Mais surtout, en second lieu, les législations nationales peuvent également s'appliquer aux comportements relevant des articles 101 et 102 TFUE (1°), et aussi proscrire d'autres pratiques unilatérales anticoncurrentielles affectant le commerce entre États membres (2°).

1° La sanction des comportements anticoncurrentiels proscrits par le droit de l'Union

125. L'applicabilité du droit de l'Union en cas d'affectation sensible du commerce entre États membres n'exclut pas celle des droits nationaux. Ils peuvent aussi

⁵⁰⁵ Dans le cas de l'article 101 TFUE, c'est l'accord, la pratique concertée ou la décision d'association d'entreprise, dans son ensemble, qui doit affecter le commerce entre États membres ; dans le cas de l'article 102 TFUE, c'est l'abus qui doit affecter ce commerce, ou au moins un de ses éléments (v. Comm. eur., *Lignes directrices relatives à la notion d'affectation du commerce figurant aux articles 81 et 82 du traité*, JOUE C 101, 27 avril 2004, p. 81, paragraphes 14 et 17).

⁵⁰⁶ Explicité par la Commission dans ses *Lignes directrices relatives à la notion d'affectation du commerce figurant aux articles 81 et 82 du traité*, JOUE C 101, 27 avril 2004, p. 81.

⁵⁰⁷ *Ibid.*, paragraphe 13.

⁵⁰⁸ V. CJCE, 25 novembre 1971, *Béguelin*, aff. 22/71, *Rec.* p. 949 (pt 16).

⁵⁰⁹ En matière antitrust, le traité de Lisbonne n'a pas modifié la situation concernant la procédure législative, le Parlement européen conservant un rôle limité de simple « *consultation* » (article 103 TFUE, anciennement article 83 CE).

proscrire les pratiques anticoncurrentielles relevant du droit de l'Union. C'est l'application cumulative, ou parallèle⁵¹⁰, des droits de l'Union et des États membres, dont les modalités sont fixées à l'article 3 du règlement (CE) n° 1/2003⁵¹¹. Lorsqu'un comportement d'entreprise(s) est proscriit par l'article 101 ou l'article 102 TFUE, il peut l'être également au titre d'un droit antitrust national.

L'application cumulative ou parallèle des droits de l'Union et des États membres connaît cependant des limites. L'application des droits nationaux ne saurait entraîner l'interdiction d'accords, de pratiques concertées ou de décisions d'association d'entreprises qui, soit ne restreignent pas la concurrence, soit satisfont aux conditions d'exemption de l'article 101, paragraphe 3, TFUE, soit sont couverts par un règlement d'exemption par catégorie. C'est « *la règle de convergence* »⁵¹² qui « *vise à créer des règles du jeu homogènes en établissant une norme unique d'appréciation des accords, pratiques concertées et décisions d'associations d'entreprises* »⁵¹³.

Une telle coexistence de prohibitions européennes et nationales est totalement inconcevable en matière antidumping, où seule une législation adoptée par l'Union peut organiser une réaction nécessairement européenne aux importations effectuées en dumping causant un préjudice important à l'industrie de l'Union.

2° La possibilité de prohiber d'autres pratiques unilatérales anticoncurrentielles

126. En matière de pratiques unilatérales, la *règle de convergence* connaît une exception, ou limitation à son champ d'application. Les droits nationaux peuvent

⁵¹⁰ Le principe du *guichet unique*, proposé par la Commission, a été écarté par le législateur au profit de l'application parallèle – déjà permise et encadrée par la jurisprudence de la Cour de justice –, obligatoire et coordonnée des droits nationaux et du droit de l'Union lorsque ce dernier est applicable, autrement dit en présence d'ententes ou d'abus de position dominante affectant le commerce entre États membres. Jusqu'alors, l'application du droit communautaire par les autorités nationales était rare, ces dernières se bornant généralement à appliquer leur droit national aux pratiques affectant pourtant le commerce entre États membres. Le système dit du *guichet unique* consisterait en l'application exclusive des articles 101 et 102 TFUE aux pratiques qui affectent le commerce entre États membres (v., notamment, Laurence IDOT, *Droit communautaire de la concurrence, Le nouveau système communautaire de mise en œuvre des articles 81 et 82 CE*, Paris-Bruxelles, FEC-Bruylant, 2004, 351 p. ; spéc. p. 35).

⁵¹¹ Ces modalités d'articulation entre les ordres juridiques doivent être distinguées des modalités d'articulation des compétences des ANC et de la Commission pour l'application du droit de l'Union, énoncées dans d'autres dispositions du règlement (CE) n° 1/2003 (articulation qui était déjà traitée dans le règlement n° 17).

⁵¹² Article 3, paragraphe 2, du règlement (CE) n° 1/2003, préc.

⁵¹³ Comm. eur., *Rapport sur le fonctionnement du règlement n° 1/2003, Communication au Parlement européen et au Conseil*, 29 avril 2009, COM(2009) 206 final (paragraphe 21).

proscrire des pratiques unilatérales qui relèvent du champ d'application du droit européen mais ne sont pas interdites par l'article 102 TFUE. Le règlement (CE) n° 1/2003 reconnaît, en effet, la possibilité pour « *les États membres d'adopter et de mettre en œuvre sur leur territoire des lois nationales plus strictes qui interdisent ou sanctionnent un comportement unilatéral d'une entreprise* » (article 3, paragraphe 2), poursuivant le même objectif que les articles 101 et 102 TFUE, *i.e.* la protection de la concurrence sur le marché. De telles règles internes peuvent ainsi proscrire des pratiques unilatérales, capables d'affecter le commerce entre États membres, licites au regard de l'article 102 TFUE⁵¹⁴. La dérogation à la règle de convergence signifie que les droits nationaux peuvent interdire des pratiques unilatérales d'entreprises qui ne sont pas dominantes et viser des comportements qui ne sont pas considérés abusifs. S'agissant du droit français, l'exception concerne les actuelles prohibitions des prix abusivement bas⁵¹⁵ et des abus de dépendance économique anticoncurrentiels⁵¹⁶. Elle s'exerce sous la condition, implicite et d'une mise en œuvre délicate, « *de ne pas porter atteinte à l'effet utile des articles [101 et 102]* »⁵¹⁷. À propos de ces dispositions « *plus strictes* » échappant à la règle de convergence, qui existent « *dans un certain nombre d'États membres* », la Commission indique qu'elles comprennent « *notamment : des dispositions nationales régissant l'abus de dépendance économique, le "pouvoir supérieur de négociation" ou "l'influence notable" ; des dispositions régissant les ventes à un prix inférieur au prix de revient ou à perte ; des lois nationales prévoyant des normes différentes pour l'appréciation*

⁵¹⁴ Le considérant n° 8 du règlement (CE) n° 1/2003, préc., explicite l'expression « *règles nationales plus strictes qui interdisent ou sanctionnent un comportement unilatérale d'une entreprise* ». Elle vise des « *lois nationales plus strictes en matière de concurrence* », lesquelles peuvent comprendre des « *dispositions qui interdisent ou sanctionnent des comportements abusifs à l'égard d'entreprises économiquement dépendantes* ».

⁵¹⁵ Article L. 420-5 du Code de commerce. Cette règle, en matière de prix abusivement bas, « *consacre [...] une forme d'abus de domination, adaptée, pour le droit française, à la question de la grande distribution* » : Marie-Anne FRISON-ROCHE et Marie-Stéphane PAYET, *Droit de la concurrence*, Paris, Dalloz, Précis, 1^{ère} éd., 2006, 451 p. ; ici p. 233.

⁵¹⁶ Pour les distinguer des abus de dépendance économique « restrictif de concurrence » visés par le Titre IV du Livre IV du Code de commerce. Des auteurs expliquent que « *[l]e droit des pratiques restrictives de concurrence consacre des fautes spéciales au sein des relations de dépendance* » (Marie-Anne FRISON-ROCHE et Marie-Stéphane PAYET, *Droit de la concurrence*, *op. cit.* ; ici p. 121).

⁵¹⁷ Jean-Pierre VIENNOIS, « *Rapports entre droit communautaire de la concurrence et droit national : les apports du règlement n° 1/2003 du 16 décembre 2002* », préc. ; ici p. 4.

de la position dominante et des dispositions nationales plus strictes régissant le comportement des entreprises dominantes »⁵¹⁸.

La portée pratique de cette exception est néanmoins limitée, si l'on en juge par la rareté des cas de sanction, en France, de prix abusivement bas et d'abus de dépendance économique⁵¹⁹.

127. De ce cumul d'application des droits antitrust interne et européen il résulte que les entreprises, européennes ou étrangères, qui agissent sur un marché dans l'Union, peuvent être soumises, pour une même pratique, au droit de l'Union et à un ou plusieurs droits nationaux – et peuvent même être sanctionnées dans un État membre pour des pratiques anticoncurrentielles unilatérales interdites par lui seul. Au contraire, en matière antidumping, seule la législation de l'Union est applicable. Et il est absolument inconcevable qu'un État membre puisse adopter ou maintenir une législation qui contiendrait des dispositions plus dures à l'endroit des importations en dumping qui causeraient un préjudice à son industrie nationale.

§ II. Une répartition des compétences d'application des règles antitrust de l'Union

128. Contrairement à la législation antidumping, les règles antitrust de l'Union ne font pas l'objet d'une mise en œuvre centralisée. Non seulement, les ANC ont aujourd'hui de larges compétences d'exécution de ces règles, articulées avec celles de la Commission (**A.**), mais les juridictions des États membres ont également, depuis longtemps, vocation à intervenir (**B.**). Le droit antitrust de l'Union connaît ainsi deux types de mise en œuvre – par la sphère publique (*public enforcement*) et par la sphère privée (*private enforcement*) – ce qui le distingue d'une législation antidumping appliquée par la seule sphère publique. Une présentation, à dessin court et incomplète, de ces deux types de mise en œuvre⁵²⁰, permettra de mettre en évidence le contraste avec la situation prévalant en matière antidumping.

⁵¹⁸ Comm. eur., *Rapport sur le fonctionnement du règlement n° 1/2003*, préc. ; ici paragraphe 21.

⁵¹⁹ Laurence IDOT, *Droit communautaire de la concurrence, Le nouveau système communautaire de mise en œuvre des articles 81 et 82 CE*, préc. ; spéc. p. 42.

⁵²⁰ Pour des développements complets et récents sur ce sujet, v. Catherine PRIETO et David BOSCO, *Droit européen de la concurrence, Ententes et abus de position dominante*, Bruxelles, Bruylant, 2013, 1520 p. ; v. le titre 5 de l'ouvrage, intitulé « Mise en œuvre procédurale », p. 1053 et s.

A. Une mise en œuvre par la sphère publique décentralisée et diversifiée

129. La mise en œuvre des règles antitrust de l'Union se singularise, par rapport à celle de la législation antidumping, par l'important rôle désormais joué par des autorités nationales (les ANC), coordonné à celui, essentiel, tenu par la Commission (1°), et par la prévalence, au sein des institutions de l'Union, d'une Commission dotée de moyens d'action beaucoup plus variés qu'en matière antidumping (2°).

1° Des autorités européenne et nationales dotées d'importantes prérogatives coordonnées

130. Les règles antitrust européennes font l'objet d'une mise en œuvre par la *sphère publique* largement décentralisée⁵²¹, qui contraste fortement avec la centralisation en matière antidumping. Les institutions européennes n'ont jamais joui d'une compétence exclusive en matière d'application des prohibitions antitrust à l'exception notable, jusqu'à l'entrée en vigueur du règlement (CE) n° 1/2003⁵²², des décisions individuelles d'exemption prises par la seule Commission, sur notification par les entreprises parties à une entente. La substitution d'un système d'exception légale au mécanisme de notification/exemption⁵²³, les nouvelles règles de mise en œuvre nationale du droit européen et la création du REC regroupant les ANC et la Commission dans un réseau, ont renforcé et rendu effective la décentralisation⁵²⁴ dans l'application des règles antitrust européennes. Aux débuts des années 2000, le *paquet*

⁵²¹ La décentralisation dans la mise en œuvre des règles antitrust européennes doit être distinguée de l'application au niveau national des règles internes de concurrence applicables aux entreprises. Ces règles internes, qui ne sont pas envisagées ici, sont adoptées par les États membres dans l'exercice de leur compétence normative et mises en œuvre par les autorités nationales auxquelles ils confient ce rôle et selon les modalités qu'ils définissent, sous réserve que ces règles de fond et de procédure ne contreviennent pas à des normes de droit de l'Union.

⁵²² Règlement (CE) n° 1/2003 du Conseil, préc., entré en vigueur le 1^{er} mai 2004.

⁵²³ Une notification pouvait également être faite en vue de l'obtention d'une attestation négative : en effet, sous l'empire du règlement (CEE) n° 17 du Conseil, du 6 février 1962, Premier règlement d'application des articles 85 et 86 du traité, *JOCE* n° 13, 21 février 1962, p. 204, la Commission pouvait « constater, sur demande des entreprises et associations d'entreprises intéressées, qu'il n'y a pas lieu pour elle, en fonction des éléments dont elle a connaissance, d'intervenir à l'égard d'un accord, d'une décision ou d'une pratique en vertu des dispositions de l'article 85, paragraphe 1, ou de l'article 86 du traité » (article 2). Désormais, agissant d'office, la Commission peut constater l'inapplication des articles 101 et 102 TFUE (article 10 du règlement (CE) n° 1/2003, préc.).

⁵²⁴ Sur l'hésitation entre les termes décentralisation et déconcentration, v. Laurence IDOT, *Droit communautaire de la concurrence, Le nouveau système communautaire de mise en œuvre des articles 81 et 82 CE, op. cit.* ; spéc. p. 51, n° 90.

modernisation constitué du règlement (CE) n° 1/2003 et de son cortège de textes d'application et d'explicitation, a considérablement accru le rôle des ANC.

Alors qu'avant 2004 les autorités nationales n'appliquaient le droit communautaire de la concurrence qu'à titre exceptionnel, elles le font désormais fréquemment et sont tenues d'appliquer le droit de l'Union lorsqu'elles appliquent leur droit national à des pratiques anticoncurrentielles affectant ou susceptibles d'affecter le commerce entre États membres⁵²⁵. Dans l'application des articles 101 et 102 TFUE, les ANC peuvent « *ordonner la cessation d'une infraction* », « *ordonner des mesures provisoires* », « *accepter des engagements* », « *infliger des amendes, astreintes ou toute autre sanction prévue par le droit national* », et « *décider qu'il n'y a pas lieu pour elles d'intervenir* »⁵²⁶, ces décisions ne produisant d'effets que dans l'État membre de l'autorité qui les prend. Aucune action comparable ne peut être entreprise en matière antidumping par une quelconque autorité nationale.

Cette compétence des ANC est limitée par les prérogatives de la Commission. D'une part, elle jouit d'une « *primauté d'ordre procédural dans le traitement des cas : dès lors qu'elle traite une affaire, elle dessaisit les autorités nationales de leur compétence pour le faire* »⁵²⁷. D'autre part, en vertu de la « *primauté substantielle* » de ses décisions, « *les autorités nationales ne peuvent adopter de décisions qui iraient à leur encontre* »⁵²⁸. Cette compétence est également encadrée par le jeu du principe *non bis in idem*. Cette répartition des compétences organisée entre les différentes autorités de concurrence – ANC et Commission – s'accompagne de modalités de coopération entre les ANC et la Commission, et entre les ANC⁵²⁹.

En matière antidumping, la problématique de l'organisation de la collaboration entre une pluralité d'autorités compétences ne se pose pas.

⁵²⁵ Article 3, paragraphe 1, de considérant n° 8 du règlement (CE) n° 1/2003, préc.

⁵²⁶ Article 5, du règlement (CE) n° 1/2003, préc. Quant au pouvoir de prononcer un non-lieu à intervenir, il ne permet pas à une ANC de dire que l'infraction n'est pas constituée, constatation que seule la Commission peut effectuer (ce pouvoir lui étant réservé par l'article 10 du règlement (CE) n° 1/2003, préc.) : v. CJUE, 3 mai 2011, *Tele2 Polska*, aff. C-375/09, *Rec.* p. I-3055 et CJUE, 18 juin 2013, *Schenker & Co. AG e.a.*, aff. C-681/11, non encore publié au *Rec.*

⁵²⁷ v. Catherine PRIETO et David BOSCO, *Droit européen de la concurrence, Ententes et abus de position dominante*, *op. cit.* ; ici p. 1255-1256. V. article 11, paragraphe 6, du règlement (CE) n° 1/2003, préc.

⁵²⁸ *Ibid.* ; et v. article 16, paragraphe 2, du règlement (CE) n° 1/2003, préc.

⁵²⁹ Mécanisme de coopération prévus aux articles 11 à 13 du règlement (CE) n° 1/2003, préc.) et explicités dans une communication : Comm. eur., *Communication relative à la coopération au sein du réseau des autorités de concurrence*, JOUE C 101, 27 avril 2004, p. 43.

2° Une Commission dotée de moyens d'action beaucoup plus variés qu'en matière antidumping

131. Au sein des institutions européennes, la Commission a toujours joui d'une compétence exécutive exclusive, contrairement à la matière antidumping où le Conseil avait jusqu'à récemment une compétence d'exécution importante⁵³⁰. À cet égard, les compétences du Conseil et de la Commission en matière d'adoption de règlements d'exemption par catégorie des ententes⁵³¹ doit être distinguée. Si par ces règlements ils mettent en œuvre les règles du traité, ils demeurent dans le cadre d'une action normative.

Afin de poursuivre dans la mise en évidence des différences avec l'antidumping, les moyens d'action de la Commission en matière antitrust doivent brièvement être présentés. En cette matière, l'institution européenne dispose d'une large palette de moyens d'action. Elle peut ordonner la cessation de l'infraction, infliger des amendes et des astreintes, et accepter des engagements diversifiés. Elle peut aussi imposer des mesures structurelles « *s'il n'existe pas de mesure comportementale qui soit aussi efficace ou si, à efficacité égale, cette dernière s'avérait plus contraignante pour l'entreprise concernée que la mesure structurelle* »⁵³². De telles décisions ne peuvent être prises en matière antidumping, les engagements que la Commission peut accepter d'un exportateur⁵³³ n'étant pas équivalents à ceux envisagés par le règlement (CE) n° 1/2003. Dans une perspective plus proactive, la Commission peut aussi mener des enquêtes sectorielles, « *lorsque l'évolution des échanges entre États membres, la rigidité des prix ou d'autres circonstances font présumer que la concurrence peut*

⁵³⁰ Bien que réduite, en 2004, par la modification du processus décisionnel au Conseil : majorité simple pour rejeter la proposition de la Commission au lieu d'une majorité simple pour l'approuver (règlement (CE) n° 461/2004 du Conseil, du 8 mars 2004, modifiant le règlement (CE) n° 384/96, JOUE L 77, 13 mars 2004, p. 11). V. *supra* note de bas de page n° 474.

⁵³¹ Habilitation de la Commission par le Conseil afin qu'elle édicte des règlements exemptant certaines catégories d'ententes. Les principaux règlements d'habilitation (toujours en vigueur, le cas échéant modifié) sont : le règlement n° 19/65/CEE du Conseil, du 2 mars 1965, *concernant l'application de l'article 85 paragraphe 3 du traité à des catégories d'accords et de pratiques concertées*, JOCE P 36, 6 mars 1965, p. 533 ; le règlement (CEE) n° 2821/71 du Conseil, du 20 décembre 1971, *concernant l'application de l'article 85, paragraphe 3 du traité à des catégories d'accords, de décisions et de pratiques concertées*, JOCE L 285, 29 décembre 1971, p. 46 ; et le règlement (CEE) n° 1534/91 du Conseil, du 31 mai 1991, *concernant l'application de l'article 85, paragraphe 3 du traité à certaines catégories d'accords, de décisions et de pratiques concertées dans le domaine des assurances*, JOCE L 143, 7 juin 1991, p. 1.

⁵³² Article 7 du règlement (CE) n° 1/2003, préc. Mais, jusqu'à présent, aucune mesure structurelle n'a été prise depuis l'entrée en vigueur de ce règlement.

⁵³³ V. *infra* n° 436 et s.

être restreinte ou faussée à l'intérieur du marché commun »⁵³⁴. Au moyen d'un instrument qui ne vise pas à qualifier un comportement particulier d'une ou plusieurs entreprises, la Commission peut étudier les ressorts économiques d'un secteur particulier de l'économie ou d'un type particulier d'accords dans différents secteurs. Rien de comparable n'existe dans la législation antidumping, alors même qu'une étude approfondie des causes du dumping (certes non pas dans l'Union mais dans le pays exportateur) pourrait s'avérer particulièrement utile, notamment dans les secteurs économiques régulièrement confrontés à cette pratique de commerce international présumée déloyale.

Par ailleurs, dans l'exercice de sa mission en matière antitrust, la Commission dispose des procédures de clémence et de transaction⁵³⁵. La première⁵³⁶ a pour but la découverte des cartels et l'obtention de preuves contre les entreprises participantes. Elle permet au participant à une entente qui révèle à la Commission son comportement illicite d'obtenir une immunité ou une réduction d'amende, sans pour autant échapper à son obligation de réparer le préjudice subi par les victimes de l'entente, à condition (entre autres) qu'il fournisse à la Commission des renseignements et des éléments de preuves permettant d'établir et de faire cesser le comportement illicite, et de sanctionner les autres entreprises responsables. Une course à la dénonciation peut avoir lieu, seule la première entreprise dénonçant l'entente pouvant bénéficier d'une immunité d'amende, les espoirs des suivantes étant limitée à une réduction de son montant. Quant à la procédure de transaction⁵³⁷, elle rend possible une accélération et une simplification de la procédure dans les affaires de cartels, les entreprises poursuivies acceptant de reconnaître les griefs formulés contre elles en contrepartie d'une réduction d'amende. Rien de ce que prévoit la

⁵³⁴ Article 17 du règlement (CE) n° 1/2003, préc.

⁵³⁵ C'est aussi le cas, en France, de l'Autorité de la concurrence (article L. 464-2 IV du Code de commerce pour la procédure de clémence, et article L. 464-2 III du Code de commerce pour la procédure de non contestation des griefs).

⁵³⁶ Procédure introduite par une communication de 1996, texte substantiellement réformé en 2002, et dans une moindre mesure en 2006 : *Communication de la Commission sur l'immunité d'amendes et la réduction de leur montant dans les affaires portant sur des ententes*, JOUE C 298, 8 décembre 2006, p. 17.

⁵³⁷ Organisée par le règlement (CE) n° 622/2008 de la Commission, du 30 juin 2008, modifiant le règlement (CE) n° 773/2004 en ce qui concerne les procédures de transaction engagées dans les affaires d'entente, JOUE L 171, 1^{er} juillet 2008, p. 3, et par la *Communication de la Commission relative aux procédures de transaction engagées en vue de l'adoption de décisions en vertu des articles 7 et 23 du règlement (CE) n° 1/2003 du Conseil dans les affaires d'entente*, JOUE C 167, 2 juillet 2008, p. 1.

législation antidumping n'est comparable à l'une ou l'autre de ces deux procédures. Les producteurs-exportateurs ayant pratiqué le dumping ne peuvent être récompensés pour leur coopération avec la Commission par une exemption ou une réduction du droit antidumping le cas échéant institué. Tout au plus le défaut de coopération d'un producteur-exportateur l'expose-t-il à ce que les conclusions de la Commission soient établies sur la base des *données disponibles*⁵³⁸, ce qui peut notamment conduire à l'établissement d'une marge de dumping individuelle plus élevée et/ou d'un préjudice plus important qu'ils ne l'auraient été sur la base des informations communiquées par lui, la conséquence pouvant être l'institution d'un droit antidumping plus important.

132. Enfin, deux autres différences avec l'antidumping méritent d'être évoquées. D'une part, le comité consultatif en matière d'ententes et de position dominante, visé à l'article 14 du règlement, n'a, comme son nom l'indique, qu'un rôle consultatif. Si la Commission doit le consulter avant de prendre une décision et doit tenir le plus grand compte de son avis, ce comité ne peut interférer dans la prise de décision comme le peut le comité antidumping⁵³⁹. D'autre part, au sein de la DG concurrence, un économiste en chef, directement rattaché au directeur général, a pour mission de fournir des avis économiques indépendants sur certains cas particuliers et sur la politique de concurrence en général. Une telle fonction n'existe pas au sein de la DG commerce en charge de l'action antidumping.

B. Une mise en œuvre par la sphère privée encore timide mais encouragée

133. Bien avant que le règlement (CE) n° 1/2003 affirme que les juridictions nationales sont compétentes pour appliquer les articles 101 et 102 TFUE⁵⁴⁰, le juge national jouait un rôle dans la mise en œuvre du droit de l'Union, la Cour de justice ayant jugé, en 1974, que les dispositions des actuels article 101, paragraphe 1, et article 102 TFUE, « *se prêtant, par leur nature même, à produire des effets directs dans les relations entre particuliers, [elles] engendrent directement des droits dans le chef des justiciables que les juridictions nationales doivent sauvegarder* »⁵⁴¹.

⁵³⁸ Article 18 du règlement de base.

⁵³⁹ V. *supra* n° 113.

⁵⁴⁰ Article 6 du règlement (CE) n° 1/2003, préc.

⁵⁴¹ CJCE, 30 janvier 1974, *BRT c/ Sabam*, aff. 127/73, *Rec.* p. 51 (pt 16).

La situation actuelle est la suivante. Les juridictions nationales peuvent appliquer le droit de l'Union sans appliquer en parallèle leur droit national, mais lorsqu'elles appliquent ce dernier à des pratiques relevant du champ d'application du droit de l'Union, elles doivent appliquer ce dernier⁵⁴². Elles sont tenues de soulever d'office les moyens de droit tirés du droit de la concurrence européen si, en vertu de règles procédurales internes, elles doivent ou peuvent soulever d'office les moyens de droit tirés d'une règle interne de nature contraignante⁵⁴³, sauf lorsque l'examen d'un tel moyen « *les obligerait à renoncer à la passivité qui leur incombe, en sortant des limites du litige tel qu'il a été circonscrit par les parties et en se fondant sur d'autres faits et circonstances que ceux sur lesquels la partie qui a intérêt à l'application [des règles européennes] a fondé sa demande* »⁵⁴⁴. Elles peuvent adopter des mesures provisoires, déclarer un contrat nul et/ou accorder des dommages et intérêts à la victime d'une infraction antitrust, décisions que ne peuvent prendre les autorités de concurrence⁵⁴⁵. Aucune de ces décisions judiciaires ne saurait être prise en matière antidumping.

Les compétences du juge national s'exercent cependant dans le respect des décisions prises par la Commission. Ainsi ne peut-il, dans le litige dont il est saisi, adopter une position allant à l'encontre d'une décision prise par la Commission dans la même affaire⁵⁴⁶. Et lorsqu'une procédure est en cours devant la Commission, il est invité à surseoir à statuer⁵⁴⁷. Le « *rapport de sujétion* »⁵⁴⁸ établi par cette soumission aux décisions de la Commission est complété par des règles de coopération organisant la transmission des jugements à la Commission et lui attribuant un rôle d'*amicus curiae* qui lui permet d'apporter une assistance technique au juge national, en répondant à

⁵⁴² Article 3, paragraphe 1, du règlement (CE) n° 1/2003, préc.

⁵⁴³ CJCE, 14 décembre 1995, *van Schijndel et van Veen*, aff. jtes. C-430/93 et C-431/93, *Rec. p. I-4705* (pts 13 et 14).

⁵⁴⁴ *Ibid.* (pt 22).

⁵⁴⁵ Par ailleurs, l'intervention du juge national peut être requise dans le cadre des *inspections* effectuées par la Commission (il s'immisce alors dans la mise en œuvre par la sphère publique ; son immixtion varie selon la nature des locaux inspectés – commerciaux et non commerciaux – et les exigences du droit national s'agissant des locaux commerciaux ; v. article 20 du règlement (CE) n° 1/2003, préc.). Par contraste, il ne joue aucun rôle dans les *visites de vérification* de la Commission en matière antidumping (article 16 du règlement de base).

⁵⁴⁶ Article 16 du règlement (CE) n° 1/2003, préc.

⁵⁴⁷ *Ibid.*

⁵⁴⁸ Expression empruntée à Catherine PRIETO et David BOSCO, *Droit européen de la concurrence, Ententes et abus de position dominante, op. cit.* ; ici p. 1411.

ses demandes d'informations et avis⁵⁴⁹, ou en intervenant dans la procédure nationale⁵⁵⁰. Le juge national est lié par la jurisprudence de la Cour de justice lorsqu'il applique les règles de concurrence européennes, et peut d'ailleurs l'interroger à titre préjudiciel.

134. La nouvelle architecture, mise en place depuis 2004, fait du juge national l'un des acteurs de la *décentralisation* de l'application du droit européen, aux côtés de l'ANC du pays concerné, la Commission devant se concentrer sur les cas les plus graves. La fin de l'exclusivité de la Commission pour l'application du paragraphe 3 de l'article 101 TFUE a renforcé l'intérêt de sa saisine. Mais l'intérêt de recourir au juge national vient surtout de ce que lui seul a la possibilité d'annuler un contrat du fait d'une contrariété aux règles de concurrence (contentieux contractuel), et d'octroyer des dommages et intérêts aux victimes de comportements anticoncurrentielles (contentieux indemnitaire), spécialement les concurrents de l'entreprise en infraction et les consommateurs (directs ou indirects). Quant à cette dernière prérogative⁵⁵¹, en pratique rarement mise en œuvre⁵⁵², la Commission tente, depuis 2005⁵⁵³, d'encourager les victimes à engager des actions indemnitaires, en vue d'obtenir réparation non seulement des pertes subies en raison d'une infraction aux règles antitrust, mais également du manque à gagner éventuel, ainsi que le paiement d'intérêts. À cette fin, elle a présenté, en juin 2013, un paquet *private enforcement* qui comporte : 1) une proposition de directive qui vise à rapprocher les règles nationales régissant les actions en dommages et intérêts pour infraction au droit

⁵⁴⁹ Ces mécanismes de coopération avec la Commission ne se confondent pas avec la possibilité par ailleurs offerte aux juges nationaux de saisir la Cour de justice à titre préjudiciel (article 264 TFUE), pour obtenir une interprétation des règles antitrust dont il leur est demandé de faire application dans un litige.

⁵⁵⁰ Article 15 du règlement (CE) n° 1/2003, préc.

⁵⁵¹ Consacrée par la Cour de justice dans l'arrêt CJCE, 20 septembre 2001, *Courage et Crehan*, aff. C-453/99, *Rec.* p. I-6297 (pts 26-27), et ensuite explicitée par CJCE, 13 juillet 2006, *Manfredi*, aff. jtes. C-295/04 à C-298/04, *Rec.* p. I-6619 (pts 70-72 et 77-82), CJUE, 14 juin 2011, *Pfleiderer AG c/ Bundeskartellamt*, aff. C-360/09, *Rec.* p. I-5161 (pts 19-32) et CJUE, 6 novembre 2012, *Europese Gemeenschap c/ Otis NV e.a.*, aff. C-199/11, non encore publié au *Rec.* (pts 43-44).

⁵⁵² V. Catherine PRIETO et David BOSCO, *Droit européen de la concurrence, Ententes et abus de position dominante*, *op. cit.* ; ici p. 1422.

⁵⁵³ Comm. eur., *Livre vert, Actions en dommages et intérêts pour infraction aux règles communautaires sur les ententes et les abus de position dominantes*, 19 décembre 2005, COM(2005) 672 final ; Comm. eur., *Livre blanc sur les actions en dommages et intérêts pour infraction aux règles communautaires sur les ententes et les abus de position dominantes*, 2 avril 2008, COM(2008) 165 final.

européen de la concurrence⁵⁵⁴ ; 2) deux textes relatifs à la quantification du préjudice⁵⁵⁵ ; et 3) deux documents concernant les recours collectifs, notamment, mais pas seulement, en matière de pratiques anticoncurrentielles, en vue de l'adoption par les États membres de mécanismes d'actions collectives inspirés de principes européens communs⁵⁵⁶.

Cette possibilité d'obtenir la réparation d'un préjudice est l'une des différences majeures entre l'antitrust et l'antidumping. Les lois antidumping ne sauraient prévoir une quelconque forme de réparation pécuniaire au bénéfice des producteurs nationaux auxquels les importations effectuées en dumping causent un *préjudice important* – ni, d'ailleurs, au profit de toute autre personne. Leur *préjudice* au sens de la législation antidumping, n'est pas indemnisable. Le droit de l'OMC autorise seulement la neutralisation⁵⁵⁷ des effets dommageables des importations en dumping⁵⁵⁸ par des droits antidumping, ou la fin des importations en dumping résultant de la mise en œuvre d'engagements en ce sens, proposés par les exportateurs et acceptés par la Commission⁵⁵⁹.

⁵⁵⁴ Comm. eur., *Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative à certaines règles régissant les actions en dommages et intérêts en droit interne pour les infractions aux dispositions du droit de la concurrence des États membres et de l'Union européenne*, 11 juin 2013, COM(2013) 404 final.

⁵⁵⁵ Comm. eur., *Communication relative à la quantification du préjudice dans les actions en dommages et intérêts fondées sur des infractions à l'article 101 ou 102 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne*, JOUE C 167, 13 juin 2013, p. 19, et Comm. eur., document de travail des services de la Commission, *Guide pratique concernant la quantification du préjudice dans les actions en dommages et intérêts fondées sur des infractions à l'article 101 ou 102 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne*, accompagnant la communication publiée au JOUE, accessible sur le site Internet de la Commission :

http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/quantification_guide_fr.pdf.

⁵⁵⁶ Comm. eur., *Recommandation du 11 juin 2013 relative à des principes communs applicables aux mécanismes de recours collectifs en cessation et en réparation dans les États membres en cas de violation de droits conférés par le droit de l'Union*, JOUE L 201, 26 juillet 2013, p. 60, et Comm. eur., *Communication au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions « Vers un cadre horizontal européen pour les recours collectifs »*, 11 juin 2013, COM(2013) 401 final.

⁵⁵⁷ En principe seulement pour l'avenir, compte tenu de la non-rétroactivité de principe des mesures antidumping : v. *infra* n° 516.

⁵⁵⁸ Les importations en dumping étant supposées se poursuivre après l'institution des droits antidumping ; dans le cas contraire, l'importateur concerné peut solliciter le remboursement des droits acquittés (article 11, paragraphe 8, du règlement de base).

⁵⁵⁹ Sur l'incompatibilité avec le droit de l'OMC d'une forme quelconque de réparation pécuniaire au profit du concurrents domestiques qui subissent les effets préjudiciables des importations en dumping, v. *infra* n° 435.

CONCLUSION DU CHAPITRE II ET DU TITRE I

135. Les différences entre l'action antidumping et le droit de la concurrence de l'Union en termes de répartitions des compétences les distinguent davantage qu'elles ne les opposent. Elles s'expliquent par la nature même des législations – commerce extérieur *v.* commerce intracommunautaire –, par le développement inégal du droit international à leur égard – soumission au droit de l'OMC *v.* faible internationalisation des normes de concurrence – et par les choix effectués par les États membres et les institutions de l'Union – centralisation *v.* décentralisation. S'agissant de la compétence normative, ces différences découlent aussi de l'ampleur des transferts de compétences effectués au profit de l'Union. Alors que la compétence économique extérieure est entièrement confiée à l'Union qui, notamment en matière de défense commerciale, est l'échelon le plus adéquat, les États membres conservent une compétence économique intérieure importante, ce qui justifie l'existence de législations nationales antitrust et l'empilement de normes de concurrence européennes et nationales aux domaines partiellement superposés. Une forte décentralisation de l'application des règles antitrust de l'Union est rendue possible par l'existence d'autorités nationales en premier lieu chargée de la mise en œuvre de leur législation interne. La circonstance que les normes antitrust confèrent aux particuliers des droits qu'ils peuvent directement invoquer en justice en vue d'obtenir la protection de leurs intérêts individuels, contrairement à la législation antidumping mise en œuvre par la seule *sphère publique*, explique l'important rôle des juridictions nationales dans la mise en œuvre des règles de concurrence, qui contraste avec leur très faible implication en matière antidumping, limité au contentieux de la perception des droits antidumping institués⁵⁶⁰.

Sur un point au moins, les deux législations se ressemblent : le rôle tenu par la Commission dans leur mise en œuvre est central, bien que plus important, car

⁵⁶⁰ Devant le juge national saisi d'un tel litige, peut être soulevée la question de la validité du règlement instituant un droit (en application du règlement de base) sur le fondement duquel une autorité douanière perçoit un droit antidumping. S'il estime le règlement d'exécution invalide, le juge national est alors tenu de procéder à un renvoi préjudiciel en appréciation de validité, en application de la jurisprudence *Foto-Frost* (CJCE, 22 octobre 1987, *Foto-Frost c/ Hauptzollamt Lübeck-Ost*, aff. 314/85, *Rec.* p. 4199). En aucun cas un juge national ne peut constater que des importations ont été effectuées en dumping et causent un préjudice à une industrie de l'Union, ni *a fortiori* en tirer quelque conséquence que ce soit.

exclusif, en matière antidumping. La révision récente des compétences d'exécution antidumping, privant le Conseil de sa compétence historique d'adoption des droits définitifs au profit de la Commission, certes soumise au contrôle d'un comité antidumping aux prérogatives étendues, réduit les différences. En effet, en matière de pratiques anticoncurrentielles, le Conseil n'est jamais intervenu dans la constatation des infractions, sa compétence étant seulement normative (adoption des règlements de procédure et d'habilitation). Au sein de la Commission, deux directions générales (DG) interviennent dans ces domaines. Celle dédiée à la politique de concurrence – la DG concurrence – est notamment responsable de l'action antitrust⁵⁶¹. Celle consacrée à la politique commerciale commune – la DG commerce – s'occupe, entre autres, de l'action antidumping⁵⁶². La circonstance qu'une seule et même institution, bien qu'au travers de DG distinctes, soit un acteur central dans la mise en œuvre des deux législations, apparaît comme un facteur de cohérence utile, bien qu'insuffisant.

Les différences réelles entre l'action antidumping et le droit de la concurrence en matière de répartition des compétences, n'expliquent pas le contraste que l'on peut constater entre la coloration protectionniste attribuée à l'action antidumping et l'inclination libérale du droit de la concurrence. Cette coloration et cette inclination tiennent davantage aux règles choisies et aux politiques suivies pour leur mise en œuvre. D'ailleurs, la réputation de l'Union est d'être un chantre du libéralisme, alors que son action antidumping est par nature protectionniste. Inversement, certains États membres sont régulièrement tentés par le protectionnisme et l'interventionnisme économique, alors que les règles de concurrence, y compris nationales, sont d'essence libérale.

⁵⁶¹ La DG concurrence emploie environ 900 personnes, réparties en neuf directions, une dédiée aux cartels (six unités) et cinq spécialisées par grands secteurs d'activités, comprenant chacune une à trois unités dédiées à l'antitrust (neuf unités en tout), soit quinze unités occupées par les pratiques anticoncurrentielles (pas seulement tarifaires !) sur un total de quarante unités. Mais dans chaque États membres des autorités nationales participent aussi à la mise en œuvre des règles antitrust européenne. Il est par conséquent difficile d'estimer le nombre de fonctionnaires affectés à la lutte contre les pratiques anticoncurrentielles relevant du droit de l'Union.

⁵⁶² La DG commerce est formée de huit directions, dont une, la direction H, est dédiée à la défense commerciale et divisée en six unités (sur un total de vingt-huit unités dans la DG), l'antidumping étant l'instrument le plus utilisé parmi les trois instruments de défense commerciale (anti-subvention et sauvegardes) : à la fin 2009, plus d'une centaine de personnes (fonctionnaires et agents temporaires) travaillaient au sein de cette direction H (v. Edwin VERMULST, *EU Anti-Dumping Law and Practice*, 2^{ème} éd., Londres, Sweet & Maxwell, 2010, 753 p. ; spéc. p. 18 ; et Edwin VERMULST et Juhi SUD, « The European Union : an imperfect and time-consuming system », in : Müslüm YILMAZ (éd.), *Domestic Judicial Review of Trade Remedies, Experiences of the Most Active WTO Members*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013, p. 173-196 ; spéc. p. 177).

136. Plus significative est la réelle divergence entre l'action antidumping et le droit de la politique de concurrence relativement de leur attitude respective envers la libre concurrence. Le droit antitrust protège, dans l'intérêt ultime des consommateurs, les acteurs du processus concurrentiel en assurant qu'une concurrence effective et non faussée règne dans le marché intérieur. Il préserve une libre concurrence en premier lieu mise en place par les libertés de circulation et d'établissement garanties par les traités. Aux entraves étatiques injustifiées supprimées ne doivent pas se substituer des restrictions privées. La législation antidumping, tournée vers les importations de pays tiers, se désintéresse largement de cet objectif de concurrence effective en protégeant les concurrents européens d'une forme de compétition présumée déloyale. Toutefois, leur respective contribution à la loyauté de la concurrence rapproche la législation contre le dumping et le droit de la concurrence. Non seulement les prohibitions antitrust n'ignorent pas la déloyauté dans la concurrence, mais d'autres règles européennes de concurrence contribuent à la loyauté de la concurrence – dans le sens *équitable* de la loyauté, impliquant la recherche d'une certaine homogénéité des conditions de concurrence.

Libre concurrence et concurrence loyale doivent être conciliées. Si l'ordre économique de l'Union est édifié sur le principe de concurrence⁵⁶³, « *la loyauté imprègne le projet européen dans son ensemble et participe à l'identité de celui-ci* »⁵⁶⁴. Le traité n'assigne pas à la politique de concurrence un objectif de concurrence seulement libre, mais plus largement l'établissement d'un système garantissant que la concurrence ne soit pas faussée⁵⁶⁵. Certes, les politiques économique et monétaire de l'Union et des États membres sont conduites dans le « *respect du principe d'une économie de marché ouverte où la concurrence est libre* »⁵⁶⁶ et le Traité établissant une Constitution faisait d' « *un marché intérieur où*

⁵⁶³ Idée exprimée à propos de la CEE, en 1969, par Hans VON DER GROEBEN, « La politique de concurrence dans la Communauté économique européenne », in : Walter Jean GANSHOF VAN DER MEERSCH (dir.), *Les Nouvelles, Droit des Communautés européennes*, Bruxelles, Larcier, 1969, 1194 p., p. 795-801 ; spéc. p. 797.

⁵⁶⁴ Marc FALLON, « Conclusion. La loyauté, poids d'une balance de justice en droit de l'Union européenne », *RAE-LEA*, 2011/2, p. 355-363.

⁵⁶⁵ *Protocole n° 27 sur le marché intérieur et la concurrence*, annexé aux TUE et TFUE (*JOUE C 83*, 30 mars 2010, p. 309) ; antérieurement, article 3, paragraphe 1, g), CE. L'objectif d'empêcher que la concurrence ne soit faussée apparaît dans plusieurs autres dispositions, du TFUE comme du traité CE, notamment en matière de contrôle des aides d'État.

⁵⁶⁶ Articles 119 et 120 TFUE ; anciennement articles 4, 98 et 105 CE.

la concurrence est libre et non faussée » un objectif de l'Union⁵⁶⁷. Mais la libre concurrence n'est ni le seul objectif de la politique de concurrence, ni une finalité par cette dernière toujours préservée. Les articles 101 et 102 TFUE « *ont tous deux pour objectif le maintien d'une concurrence effective* » sur le marché⁵⁶⁸, ce qui n'est pas incompatible avec certaines atteintes à la liberté compatibles avec cette fin, et n'exclut pas une certaine préoccupation pour la loyauté dans la concurrence. Par ailleurs, la législation antidumping revendique pour finalité l'élimination des effets de distorsions des échanges du dumping préjudiciable et de restauration d'une « *concurrence effective* »⁵⁶⁹ et, dans ce cadre, la Commission assimile *concurrence loyale* et *concurrence effective*⁵⁷⁰. Plus généralement, non seulement les règles de concurrence de l'Union, y compris antitrust, reçoivent, par certains de leurs aspects, l'exigence de loyauté de la concurrence (conception *équitable* de la loyauté), mais le droit de l'Union reconnaît la légitimité de législations nationales protectrices de la loyauté (dans sa conception *éthique, morale*, protégeant les rapports contractuels, notamment de consommation), et parfois même harmonise ces législations.

Liberté et loyauté sont l'avant et l'envers de la concurrence. La compétition économique entre entreprises doit être empreinte de l'une et de l'autre pour être bénéfique à l'ensemble des acteurs du marché, entreprises concurrentes et consommateurs⁵⁷¹. Préserver la concurrence ne consiste pas uniquement à assurer qu'elle soit libérée et protégée des restrictions d'origine étatique ou privée. Une concurrence seulement préservée de telles altérations insuffisante pour rendre la compétition acceptable par tous, concurrents et consommateurs. Le libre jeu de la concurrence peut être brutal et conduire à l'élimination, par une entreprise, de tous ses concurrents. Si un tel résultat n'est pas nécessairement néfaste, notamment si une

⁵⁶⁷ Article I-2 du Traité établissant une Constitution pour l'Europe.

⁵⁶⁸ V., à cet égard, Comm. eur., *Lignes directrices relatives à l'application de l'article 81 du traité CE aux accords de transfert de technologie*, JOUE C 101, 27 avril 2004, p. 2 (paragraphe 151) et Comm. eur., *Lignes directrices sur les restrictions verticales*, JOUE C 130, 19 mai 2010, p. 1 (paragraphe 127). Pour un essai de distinction entre *concurrence effective* et *concurrence efficace*, v. Fabrice RIEM, « Concurrence effective ou concurrence efficace ? L'ordre concurrentiel en trompe-l'œil », *RIDE*, 2008, p. 67-91.

⁵⁶⁹ Article 21 du règlement de base.

⁵⁷⁰ V. Comm. eur., *The Community Interest in Anti-dumping Proceedings*, préc. ; spéc. p. 4.

⁵⁷¹ V. Frauke HENNING-BODEWIG, *Unfair Competition Law, European Union and Member States*, *op. cit.* ; ici p. 7 : « *Both antitrust law and unfair competition law are concerned with the protection of competition [...] Even if different aspects are emphasized – for antitrust law, the freedom of competition, for unfair competition law the prevention of distortion of this competition – the common feature in both is competition. The latter can only function properly if it is both free and undistorted, with distortion resulting not only from restrictions but also from unfair market practices* ».

concurrence potentielle demeure réelle, sur certains marchés les conditions d'une compétition loyale doivent prévaloir pour préserver un nombre d'acteurs minimal⁵⁷². De même que la liberté ne saurait être absolue, l'égalité totale dans la concurrence, l'homogénéité complète des conditions de compétition, sont illusoire. Un niveau minimum de loyauté, au sens d'équité dans cette compétition économique, doit néanmoins être établi et préservé dans l'intérêt des concurrents et, directement ou indirectement, des consommateurs.

137. Ainsi, aucune incompatibilité entre le droit de la concurrence (notamment sa branche antitrust) et la législation antidumping ne dérive, selon nous, des nombreuses différences qui les distinguent s'agissant du *cadre général d'appréhension des pratiques tarifaires* (intérêts protégés et répartitions de compétences). Cette position étant exprimée, il convient de questionner l'idée qu'une incompatibilité résulterait des différences relatives aux pratiques d'entreprises respectivement proscrites par le droit antitrust et condamnées par la législation antidumping, en examinant les caractéristiques de ces pratiques appréhendées.

⁵⁷² Tel est le cas sur le marché du spectacle sportif de football professionnel, dont la particularité résulte du fait que chaque club, autrement dit chaque entreprise, a besoin de l'autre pour produire le spectacle et rencontrer le succès. Cette interdépendance entre adversaires en compétition et le besoin de garantir l'incertitude des résultats des compétitions, est une caractéristique unique aux sports d'équipe comme le football, qui les distingue de tous les autres secteurs de l'industrie ou des services. Dès lors, les entreprises qui évoluent dans une même division ne poursuivent pas l'objectif d'éliminer leurs concurrents du marché. Elles sont intéressées non seulement dans l'existence continue d'autres entreprises mais aussi dans leur viabilité économique en tant que concurrents. À défaut, l'intérêt des spectateurs ne peut être maximisé et, par conséquent, les revenus ne peuvent l'être. Ainsi, le succès d'une entreprise dépend d'une certaine égalité entre entreprises sur le même marché et, à cette fin, de conditions d'une concurrence loyale.

TITRE II – LES DIFFÉRENCES CONCERNANT LES CARACTÉRISTIQUES DES PRATIQUES TARIFAIRES APPRÉHENDÉES

138. À la première série de différences entre l'action antidumping et le droit de la concurrence concernant le cadre général d'appréhension des pratiques tarifaires visées, s'en ajoutent une seconde, relative aux *caractéristiques* des pratiques tarifaires appréhendées. Aux fins de la comparaison de ces deux législations, il convient, selon nous, de distinguer deux sortes de caractéristiques : celles *extrinsèques* aux pratiques visées, qui portent sur le contexte environnant les prix en cause, et celles *intrinsèques* à ces pratiques, en ce qu'elles concernent les prix en tant que tels. La distinction retenue s'écarte de l'approche classique de présentation des pratiques appréhendées par les législations examinées, centrée sur leurs éléments constitutifs : pour mémoire, ceux de l'infraction en matière antitrust sont la collusion et la restriction de concurrence pour l'entente prohibée, et la position dominante et l'abus pour l'abus de position dominante ; en matière antidumping, ce sont les importations faisant l'objet d'un dumping, le préjudice important, et le lien de causalité entre les deux. L'exposé des différences relatives aux pratiques appréhendées exige un dépassement de cette approche par les *éléments constitutifs* et une identification de leurs *caractéristiques*.

En droit antitrust comme en matière antidumping, la constatation de l'existence d'une pratique tarifaire prohibée ou condamnée n'intervient qu'après la vérification de la présence de certains *éléments préalables*, qui constituent des *caractéristiques extrinsèques* aux pratiques visées, puisque ces prérequis ne concernent pas les prix eux-mêmes, mais le contexte dans lequel ils doivent s'inscrire pour être appréhendés par l'une ou l'autre des législations. La comparaison devra donc porter, en premier lieu, sur ces caractéristiques extrinsèques (**Chapitre I**).

Quant aux caractéristiques des prix eux-mêmes, il convient de rappeler que la législation antidumping n'appréhende que certaines pratiques de commerce international en matière de prix⁵⁷³. Cette sélectivité contraste avec le droit antitrust qui ne connaît pas une telle limitation *a priori* des pratiques tarifaires qu'il peut sanctionner, sans compter que son champ d'intervention dépasse largement le cadre

⁵⁷³ V., *supra* n° 6.

des prix, pour couvrir une large palette de comportements⁵⁷⁴. Circonscrite aux seuls prix anticoncurrentiels comparables au dumping, la comparaison portera, en second lieu, sur les caractéristiques intrinsèques des pratiques tarifaires appréhendées **(Chapitre II)**.

Les développements de ce titre ne traitent pas d'une manière complète et détaillée les notions de droit de la concurrence et de législation antidumping envisagées. Y sont seulement exposés les aspects de ces notions qui sont utiles aux fins de la comparaison entre la législation antidumping et le droit antitrust en matière d'appréhension des pratiques tarifaires.

⁵⁷⁴ Le contrôle des aides d'État est exclu de la comparaison entreprise (limitée au droit antitrust). Nonobstant, mérité d'être ici mentionné le cas particulier d'une aide octroyée sous la forme d'un prix de vente inférieur au prix du marché (v. Comm. eur., *Communication de la Commission concernant les éléments d'aide d'État contenus dans des ventes de terrains et de bâtiments par les pouvoirs publics*, JOCE C 209, 10 juillet 1997, p. 3), qui peut être considérée comme une pratique tarifaire appréhendée par le droit de la concurrence de l'Union.

CHAPITRE I – LES DIFFÉRENCES RELATIVES AUX CARACTÉRISTIQUES EXTRINSÈQUES

139. La législation antidumping de l'Union et son droit antitrust divergent quant aux caractéristiques extrinsèques des pratiques qu'ils condamnent ou prohibent à deux niveaux : d'une part, s'agissant du *marché concerné*, celui dans le cadre duquel la pratique tarifaire en cause intervient ; d'autre part, à propos des *auteurs* de la pratique de prix appréhendée.

En matière antitrust, l'infraction s'inscrit nécessairement sur un ou plusieurs *marchés en cause* ou *marchés pertinents* : adoption, mise en œuvre et effets peuvent se concentrer sur un seul ou se répartir sur plusieurs marchés. La législation antidumping, quant à elle, s'applique aux importations dans l'Union d'un produit exporté depuis un pays tiers : deux *marchés* sont ainsi impliqués, celui d'importation et celui d'exportation. Si une notion de *marché* existe tant en matière antidumping qu'en droit *antitrust*, elle y a des sens et des rôles très différents (**Section 1**). L'expression *marchés concernés* est ici retenue car elle peut être utilisée à propos des deux législations, pour englober les formulations différentes que chacune d'elles emploient : *marché en cause* et *marché pertinent* pour l'une, *marché de la Communauté* (le marché d'importation) et *marché intérieur du pays exportateur* (le marché d'exportation) pour l'autre.

Quant aux *auteurs* des pratiques visées, les différences résultent d'abord du contraste entre l'existence de *préalables* en matière antitrust – l'entente ou la position dominante – et l'absence de tout préalable équivalent en matière antidumping. Cette évidence mérite d'être explicitée. Car à travers la constatation d'une entente ou d'une position dominante, ce sont certains éléments qui sont vérifiés chez les auteurs de l'infraction antitrust. La situation en matière antidumping s'agissant de ces éléments doit être exposée (**Section 2**). Quelques précisions s'imposent sur le sens ici donné au terme *auteur*. Le droit antitrust vise et sanctionne des comportements d'*entreprises* sur le marché. Ainsi, les *auteurs* de l'infraction sont soit les parties à l'entente, soit

l'entreprise dominante, soit les entreprises collectivement dominantes⁵⁷⁵ – la question de l'éventuelle imputation de l'infraction à une autre personne étant ici mise à part. S'agissant du dumping, la situation est un peu plus délicate, car ce sont les *importations effectuées en dumping* qui sont appréhendées et voient leurs effets neutralisés. Mais, nécessairement, des entreprises interviennent dans les opérations économiques en cause. Celles qui doivent être considérées comme les *auteurs* du dumping sont les exportateurs du produit considéré, qu'ils soient également producteurs (les *producteurs-exportateurs*) ou seulement exportateurs (les *maisons de commerce* ou *trading houses*). Sans être *auteurs* du dumping dans le sens ainsi défini, les importateurs sont aussi impliqués dans les importations faisant l'objet de dumping.

Section 1 – Les différences en matière de définition des marchés concernés

140. Le marché, « *concept fondateur de la science économique* »⁵⁷⁶, infuse le droit de l'Union européenne, sans doute en raison de l'importance cruciale du marché commun, puis intérieur, dans la construction européenne⁵⁷⁷. Le concept de marché, polysémique⁵⁷⁸, intervient dans de nombreuses branches du droit de l'Union, de la politique agricole commune et ses organisations communes de marché, aux règles d'octroi d'autorisations de mise sur le marché des médicaments, en passant par le

⁵⁷⁵ D'ailleurs pas forcément toutes les entreprises formant l'entité collective dominante : v. *infra* n° 172.

⁵⁷⁶ Claude LUCAS DE LEYSSAC et Gilbert PARLEANI, *Droit du marché*, Paris, PUF, 2002, 1033 p. ; spéc. p. 3.

⁵⁷⁷ Article 3 TUE : « *L'Union établit un marché intérieur. Elle œuvre pour le développement durable de l'Europe fondé sur [...] une économie sociale de marché hautement compétitive* ».

⁵⁷⁸ En matière de concurrence il a un sens différent d'autres concepts de *marchés* utilisés dans d'autres contextes juridiques ou économiques : v. Comm. eur., *Communication sur la définition du marché en cause aux fins du droit communautaire de la concurrence*, JOCE C 372, 9 décembre 1997, p. 5 (paragraphe 3). Visant ce paragraphe 3, le Tribunal a envisagé cette diversité des concepts de marché dans les termes suivants : « *Le concept de marché en cause diffère des autres concepts de marché souvent utilisés dans d'autres contextes, tels que le territoire à l'intérieur duquel les entreprises vendent leurs produits ou, plus largement, l'industrie ou le secteur dont les entreprises relèvent* » : Trib.UE, 1^{er} juillet 2010, *AstraZeneca AB et AstraZeneca plc c/ Commission*, aff. T-321/05, *Rec. p. II-2805* (pt 97). V., également, Philippe MADDALON, *La notion de marché dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes*, *op. cit.* ; notamment Introduction, p. 1-13.

droit des marchés publics⁵⁷⁹. Son omniprésence est telle qu'un grand nombre de règles d'organisation des activités humaines sont regroupées sous l'expression « *droit du marché* », ou « *droit de l'économie de marché* »⁵⁸⁰.

En droit de la concurrence, il joue un rôle crucial⁵⁸¹, qui fluctue en fonction de la règle appliquée⁵⁸². Ce *marché concurrentiel*, appelé *marché en cause* ou *marché pertinent*, a deux composantes : une dimension matérielle ou *dimension produit* et une *dimension géographique*. La réunion du *marché de produits* – ainsi nommé bien que constitué soit de produits, soit de services – et du *marché géographique*, permet la délimitation du *marché en cause*.

141. De prime abord, suggérer que la notion de *marché* ait un rôle en matière antidumping peut surprendre et paraître incongru. La mise en œuvre de la législation

⁵⁷⁹ Sur la notion de marché, v. Philippe MADDALON, *La notion de marché dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes*, thèse, LGDJ, Bibliothèque de droit public, tome 253, 2007, 396 p. ; OCDE, Table ronde, *Market Definition*, 2012, 441 p. ; Conseil de la concurrence, « Le marché pertinent », in : *Rapport annuel 2001, Études thématiques*, p. 89-108.

⁵⁸⁰ Claude LUCAS DE LEYSSAC et Gilbert PARLEANI, *Droit du marché*, op. cit. ; spéc. p. 3.

⁵⁸¹ V., notamment, Josef ŠILHÁN, « The Concept of Relevant market : Some Critical Remarks », *ECLR*, 2012, vol. 33, n° 12, p. 589-597.

⁵⁸² V., notamment, Ivo VAN BAEL et Jean-François BELLIS, *Competition Law of the European Community*, 5^{ème} éd., Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2010, 1674 p. ; spéc. p. 117-118. V., également, Comm. eur., *Communication sur la définition du marché en cause*, préc. La Commission y explique que le rôle du marché varie selon les règles de concurrence concernées : « [l]e concept de marché en cause est étroitement lié aux objectifs poursuivis dans le cadre de la politique communautaire de la concurrence. Ainsi, pour ce qui concerne le contrôle communautaire des concentrations, le contrôle des changements structurels affectant l'offre d'un produit ou d'un service a pour objectif d'empêcher la création ou le renforcement d'une position dominante ayant comme conséquence qu'une concurrence effective serait entravée de manière significative dans une partie substantielle du marché commun. [...] Les critères pour définir le marché en cause sont généralement appliqués pour analyser certains comportements sur le marché ainsi que les changements structurels dans la fourniture de certains produits. Toutefois, l'application de cette méthode peut conduire à des résultats différents selon la nature du problème de concurrence en cause. C'est ainsi que l'étendue du marché géographique peut être différente selon que l'on examine une concentration, où l'analyse est essentiellement prospective, ou un comportement passé. L'horizon temporel différent envisagé dans chacun de ces cas peut déboucher sur le résultat que des marchés géographiques différents sont définis pour les mêmes produits, selon que la Commission examine un changement structurel de l'offre (comme dans le cas d'une concentration ou d'une création d'entreprise commune coopérative) ou les problèmes soulevés par un comportement passé » (paragraphe 10 et 12). La communication ne dit rien quant au rôle du marché en matière d'aides d'État. Le Tribunal, s'appuyant sur un arrêt de la Cour, a estimé que « des indications sur la situation des marchés en cause, notamment la position de l'entreprise bénéficiaire d'une aide et celle des entreprises concurrentes, constituent un élément essentiel de la motivation d'une décision relative à la compatibilité d'un projet d'aide avec le marché commun » : TPICE, 25 juin 1998, *British Airways et British Midland Airways c/ Commission*, aff. jtes T-371/94 et T-374/94, *Rec.* p. II-2405 (pt 273, visant CJCE, 24 octobre 1996, *République fédérale d'Allemagne, Hanseatische Industrie-Beteiligungen GmbH et Bremer Vulkan Verbund AG c/ Commission*, aff. jtes C-329/93, C-62/95 et C-63/95, *Rec.* p. I-5151, pts 53 et 54). V., également, TPICE, 28 novembre 2008, *Hôtel Cipriani SpA e.a. c/ Commission*, aff. jtes T-254/00, T-270/00 et T-277/00, *Rec.* p. II-3269 (pt 228 et la jurisprudence citée).

antidumping ne comporte pas, à proprement parler, de définition du *marché* concerné par la pratique de dumping. Si le terme *marché* n'est pas absent de cette législation, il y a cependant un sens différent de celui retenu en droit antitrust. Il y désigne, principalement, le « *marché intérieur du pays exportateur* »⁵⁸³ et le « *marché de la Communauté* »⁵⁸⁴. Il est aussi employé dans les expressions récurrentes « *économie de marché* » et « *conditions de/du marché* »⁵⁸⁵. Mais le concept concurrentiel de *marché en cause* n'apparaît pas dans la législation antidumping, ni d'ailleurs dans les mesures d'application qui ne comportent aucune section dédiée à la définition du marché. Pourtant, la mise en œuvre de la législation antidumping débute, presque invariablement, par les définitions du *produit concerné* – ou *produit considéré* – et des deux *produits similaires*. De telles définitions de *marchés commerciaux* s'apparentent aux délimitations des marchés de produits ou de services effectuées en matière antitrust, autrement dit aux déterminations du ou des *marchés concurrentiels*. Par ailleurs, l'application de cette législation de défense commerciale implique la détermination de l'espace géographique dans le cadre duquel le dumping est pratiqué et produit ses effets, détermination qui peut être comparée à la délimitation du marché géographique conduite en matière antitrust.

142. Si l'action antidumping et le droit antitrust se rejoignent quant à l'existence d'un rôle du *marché*, dans la conception ici retenue d'espace matériel et géographique au sein duquel la pratique considérée est mise en œuvre et/ou produit ses effets, elles se distinguent dans leurs approches respectives des dimensions matérielle (§ I.) et géographique (§ II.) d'un tel marché.

§ I. Les différences dans la dimension matérielle du marché

143. Une première différence entre la législation antidumping et le droit de la concurrence relativement à la dimension matérielle du marché concerne son domaine.

⁵⁸³ Par exemple à l'article 2, paragraphe 2, du règlement de base.

⁵⁸⁴ Par exemple à l'article 3, paragraphe 2, a), du règlement de base. L'expression « *marché de la Communauté* » doit être considérée comme remplacée par celle de « *marché de l'Union* », en vertu de l'article 2, alinéa 3, a), du règlement (UE) n° 37/2014 du Parlement européen et du Conseil, du 15 janvier 2014, modifiant certains règlements relatifs à la politique commerciale commune en ce qui concerne les procédures d'adoption de certaines mesures, *JOUE* L 18, 21 janvier 2014, p. 1.

⁵⁸⁵ Qui apparaissent, respectivement, douze et six fois dans le règlement de base.

La première ne s'adresse qu'aux biens⁵⁸⁶ corporels⁵⁸⁷ mobiliers⁵⁸⁸, appelés *produits*, alors que le second s'intéresse à tous les biens, corporels et incorporels ou immatériels, mobiliers et immobiliers⁵⁸⁹, appelés *produits* (ou *biens*) et *services*. La dimension matérielle du *marché* est, ainsi, plus étroite dans l'action antidumping qu'en matière de règles de concurrence. Si, en matière antitrust, le terme *produits* peut viser tant les *produits* que les *services*⁵⁹⁰, dans cette section, il est utilisé pour désigner les produits *stricto sensu*⁵⁹¹ et le terme *service* lui demeure adjoint lorsque cela s'avère nécessaire. Une telle présentation permet, en effet, de souligner cette différence essentielle entre les domaines respectifs de la législation antidumping et du droit antitrust, qui trouve une expression dans la dimension matérielle des marchés. Cette première divergence, inhérente à leurs domaines respectifs, se double d'une seconde, qui mérite d'être explicitée, portant sur la perspective dans laquelle la dimension matérielle du marché est définie. Alors qu'en droit antitrust la définition du marché de produits ou services est économique (A.), en matière antidumping elle est principalement technique (B.).

A. Une définition économique du marché de produits ou services en droit antitrust

144. S'il en existe une définition juridique, la notion de marché « *est avant tout économique et non juridique* », et « *repose sur des notions économiques* » ; elle n'offre que « *des solutions d'espèce non généralisables* » et manque de « *la prévisibilité et la généralité caractéristiques de la règles de droit* »⁵⁹². La *Communication sur la définition du marché en cause aux fins du droit*

⁵⁸⁶ Un « bien » est une « chose matérielle susceptible d'appropriation » (Gérard CORNU, *Vocabulaire juridique*, 9^{ème} éd., PUF, 2011, 1095 p. ; ici p. 127).

⁵⁸⁷ Est corporel un bien « qui a une existence concrète ; qui donne prise à la possession [...] par opp. à incorporel, immatériel » ; Gérard CORNU, *Vocabulaire juridique*, *op. cit.* ; ici p. 272.

⁵⁸⁸ Est un bien meuble une « chose matérielle qui peut être déplacée », plus généralement « tout bien qui n'est pas immeuble » ; Gérard CORNU, *Vocabulaire juridique*, *op. cit.* ; ici p. 653.

⁵⁸⁹ V., par exemple, le marché de la construction aux Pays-Bas, portant sur un produit immobilier, retenu dans la décision n° 92/204/CEE de la Commission, du 5 février 1992, relative à une procédure d'application de l'article 85 du traité CEE (IV/31.572 et 32.571 – *Industrie de la construction aux Pays-Bas*), *JOCE* L 92, 7 avril 1992, p. 1.

⁵⁹⁰ V., en ce sens, Comm. eur., *Lignes directrices sur les restrictions verticales*, *JOUE* C 130, 19 mai 2010, p. 1 (paragraphe 2).

⁵⁹¹ Sauf, parfois, dans les citations reproduites, où il vise à la fois les produits, *stricto sensu*, et les services.

⁵⁹² Philippe MADDALON, *La notion de marché dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes*, *op. cit.* ; spéc. p. 4-5,

communautaire de la concurrence, reprenant et systématisant tant la pratique antérieure de la Commission (son auteur) que la jurisprudence de la Cour de justice, explique la manière dont la première applique la notion de « *marché en cause* », ou « *marché concerné (relevant market)* »⁵⁹³, ou « *marché pertinent* »⁵⁹⁴. Elle y indique qu' « *un marché de produits en cause comprend tous les produits et/ou services que le consommateur considère comme interchangeables ou substituables en raison de leurs caractéristiques, de leurs prix et de l'usage auquel il sont destinés* »⁵⁹⁵. Plus largement, le marché regroupe « *l'ensemble des produits qui, en fonction de leurs caractéristiques, sont particulièrement aptes à satisfaire des besoins constants et sont peu interchangeables avec d'autres produits, ces possibilités de concurrence devant également être appréciées à la lumière des conditions de concurrence et de la structure de l'offre et de la demande* »⁵⁹⁶. Font partie d'un même marché, les produits ou services entre lesquels existe « *un degré suffisant d'interchangeabilité en vue du même usage* »⁵⁹⁷. Si la substituabilité du côté de la demande – *i.e.* les préférences des consommateurs du produit/service concerné⁵⁹⁸ – est la première contrainte concurrentielle examinée pour définir le marché en cause –, la substituabilité du côté de l'offre peut aussi être prise en considération⁵⁹⁹.

⁵⁹³ V., notamment, CJCE, 13 février 1979, *Hoffmann-La Roche c/ Commission*, aff. 85/76, *Rec.* p. 461 (pt 28) ; et plus récemment, TPICE, 30 janvier 2007, *France Télécom SA c/ Commission*, aff. T-340/03, *Rec.* p. II-107 (pt 80).

⁵⁹⁴ Trib.UE, 15 décembre 2010, *CEAHR c/ Commission*, aff. T-427/08, *Rec.* p. II-5865 (pt 66) : « *la définition du marché en cause, marché concerné ou marché pertinent* ».

⁵⁹⁵ Comm. eur., *Communication sur la définition du marché en cause*, préc. (paragraphe 7).

⁵⁹⁶ Trib.UE, 1^{er} juillet 2010, *AstraZeneca AB et AstraZeneca plc c/ Commission*, aff. T-321/05, préc. (pt 31, citant la jurisprudence antérieure).

⁵⁹⁷ CJCE, 13 février 1979, *Hoffmann-La Roche c/ Commission*, préc. (pt 28).

⁵⁹⁸ Consommateur au sens d'utilisateur, et non dans le sens plus restreint qu'il a en droit de la consommation. V., pour une définition dans le sens *concurrentiel* du terme : Comm. eur., *Lignes directrices concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3, du traité, JOCE C 101*, 27 avril 2004, p. 97. La Commission y indique que « *la notion de "consommateur" englobe tous les utilisateurs, directs ou indirects, des produits couverts par l'accord, y compris les producteurs qui utilisent les produits pour transformation, les grossistes, les détaillants et les consommateurs finals, c'est-à-dire les personnes physiques qui agissent à des fins étrangères à leur activité professionnelle ou commerciale* » (paragraphe 84). Et pour une définition dans le sens *consument* du terme, v. article 2 (1) de la directive n° 2011/83/UE du Parlement européen et du Conseil, du 25 octobre 2011, relative aux droits des consommateurs, *JOUE L 304*, 22 novembre 2011, p. 64 : est un consommateur « *toute personne physique qui, [...] agit à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale ou libérale* ».

⁵⁹⁹ Cette deuxième contrainte concurrentielle a notamment été utilisée dans l'affaire *Microsoft* : v. TPICE, 17 septembre 2007, *Microsoft c/ Commission*, aff. T-201/04, *Rec.* p. II-3601 (pts 484-485 et 527-531). Filippo AMATO souligne qu'il est difficile d'apprécier quel rôle ce critère joue dans la pratique décisionnelle de la Commission et appelle à ce qu'une communication révisée fournisse des indications plus précises quant aux circonstances dans lesquelles il devrait être prise en considération

145. L'appréciation de la substituabilité du côté de la demande « entraîne une détermination de l'éventail des produits », ou services, « perçus comme substituables par le consommateur »⁶⁰⁰ et, selon les circonstances de la cause, tous les éléments ou indices factuels pertinents sont pris en compte. Mesurer l'incidence de variations légères mais permanentes des prix sur la substitution de la demande est une technique utile pour définir le marché. Ce test économique consiste à évaluer, en partant du produit ou service vendu par l'entreprise en cause, si une augmentation hypothétique du prix, légère (de 5 à 10%) mais permanente, provoque un recul des ventes ôtant tout intérêt à cette augmentation. Ce test des élasticités-prix croisés permet de mesurer, au cas par cas, le degré de substituabilité de deux produits ou deux services. Un seuil⁶⁰¹ doit être déterminé en deçà duquel ce degré est trop faible pour inclure le second produit ou service dans le marché formé du premier⁶⁰². Sont ainsi déterminés ceux des autres produits ou services dont la concurrence influe à court terme suffisamment sur la fixation des prix du produit ou service initialement retenu⁶⁰³. Le résultat est un éventail des produits ou services perçus comme substituables par le consommateur. Des éléments autres que les prix peuvent être pris en compte pour déterminer les produits/services substituables, tels que leur(s) usage(s) et leur(s) caractéristique(s).

(au-delà de l'unique exemple hypothétique que contient la communication de 1997) : Filippo AMATO, « The 1997 Commission Notice on market definition : Its time has come ? », *Concurrences*, n° 2-2012, « Tendances : Market definition : Is there a need for new guidance? », p. 9-11 ; spéc. p. 10. Mais « [1]a concurrence potentielle, troisième source de contrainte sous l'angle de la concurrence, n'est pas prise en considération pour la définition des marchés, dans la mesure où les conditions dans lesquelles elle peut effectivement constituer une contrainte concurrentielle dépendent de l'analyse de certains facteurs et circonstances se rapportant aux conditions d'entrée. Le cas échéant, cette analyse n'est menée qu'à un stade ultérieur, généralement une fois que la position des entreprises en cause sur le marché a déjà été déterminée et qu'elle s'avère soulever des problèmes sous l'angle de la concurrence » (Comm. eur., *Communication sur la définition du marché en cause*, préc., paragraphe 24).

⁶⁰⁰ Comm. eur., *Communication sur la définition du marché en cause*, préc. (paragraphe 15).

⁶⁰¹ Dans l'arrêt *Continental Can*, la Cour visait la détermination de l'ensemble des produits « peu interchangeables avec d'autres produits », sans préciser comment ce « peu » devait être apprécié : CJCE, 21 février 1973, *Europemballage Corporation et Continental Can Company Inc. c/ Commission*, aff. 6/72, Rec. p. 215 (pt 32). Dans l'arrêt *CEAHR*, le Tribunal explique que des produits font partie d'un même marché lorsqu'une concurrence effective existe entre eux, « ce qui suppose un degré suffisant d'interchangeabilité en vue du même usage entre tous les produits » : Trib.UE, 15 décembre 2010, *CEAHR c/ Commission*, aff. T-427/08, préc. (pt 67).

⁶⁰² Les faiblesses de ce test et les avantages d'un autre test (celui du monopole hypothétique, ou la version simplifiée qu'en constitue la méthode des pertes critiques) sont exposés par Ariane CHARPIN et Gildas DE MUIZON, « Délimiter les marchés pertinents ? Autant gratter une jambe de bois jusqu'à ce qu'elle saigne », *Concurrences*, n° 2-2012, « Tendances : Market definition : Is there a need for new guidance? », p. 12-16 ; spéc. p. 12-13.

⁶⁰³ Comm. eur., *Communication sur la définition du marché en cause*, préc. (paragraphe 16 et 17).

Quant à la substitution du côté de l'offre, elle peut être prise en considération lorsqu'elle a un effet équivalent à la substitution du côté de la demande, notamment lorsque les fournisseurs du produit/service examiné peuvent réorienter leur production vers d'autres produits/services et « *les commercialiser à court terme sans encourir aucun coût ni risque supplémentaire substantiel* »⁶⁰⁴.

Une analyse dans le temps est nécessaire, et permet ainsi d'apprécier si l'arrivée d'un nouveau produit au cours de la période pertinente exerce une contrainte concurrentielle significative sur le produit existant⁶⁰⁵.

146. La démarche suivie pour définir un marché de produit/service est souple et fondée sur des éléments empiriques qui varient selon les cas examinés. Compte tenu de sa finalité, la définition du marché ne peut se « *limiter à l'examen des seules caractéristiques objectives des produits en cause, mais il faut également prendre en considération les conditions de concurrence et la structure de la demande et de l'offre sur le marché* »⁶⁰⁶. Ces critères sont « *pertinents afin de déterminer si certains produits sont interchangeables avec d'autres* »⁶⁰⁷. La définition du marché de produit/service est casuistique et relève d'une appréciation économique : les caractéristiques techniques du produit ou service jouent un rôle important mais secondaire par rapport aux préférences des consommateurs/utilisateurs et à leur sensibilité aux variations de prix.

147. En principe, toute mise en œuvre des règles de concurrence de l'Union applicables aux entreprises implique la délimitation d'un ou plusieurs marchés⁶⁰⁸,

⁶⁰⁴ *Ibid.* (paragraphe 20).

⁶⁰⁵ V. CJUE, 6 décembre 2012, *AstraZeneca AB et AstraZeneca plc c/ Commission*, aff. C-457/10 P, non encore publié au *Rec.* (pts 36-52), rendu sur pourvoi formé contre Trib.UE, 1^{er} juillet 2010, *AstraZeneca AB et AstraZeneca plc c/ Commission*, aff. T-321/05, préc. (v. pts 61 et s.).

⁶⁰⁶ CJCE, 9 novembre 1983, *Michelin c/ Commission*, aff. 322/81, *Rec.* p. 3461 (pt 37). Pour sa déclinaison à un service, v. TPICE, 17 décembre 2003, *British Airways plc c/ Commission*, aff. T-219/99, *Rec.* p. II-5917 (pt 91) ; 9 septembre 2009, *Clearstream c/ Commission*, aff. T-301/04, *Rec.* p. II-3155 (pts 48-49).

⁶⁰⁷ CJCE, 14 novembre 1996, *Tetra Pak c/ Commission*, aff. C-333/94 P, *Rec.* p. I-5951 (pt 13) ; v., également, notamment, TPICE, 12 juin 1997, *Tiercé Ladbroke SA c/ Commission*, aff. T-504/93, *Rec.* p. II-923 (pt 81).

⁶⁰⁸ Ainsi le Tribunal considère-t-il que « *la définition adéquate du marché en cause est une condition nécessaire et préalable à tout jugement porté sur un comportement prétendument anticoncurrentiel* » (TPICE, 10 mars 1992, *SIV e.a. c/ Commission*, aff. jtes T-68/89, T-77/89 et T-78/89, *Rec.* p. II-1403, pt 159).

celui sur lequel la ou les entreprises en cause sont établies⁶⁰⁹, identique ou distinct de celui sur lequel la pratique considérée est mise en œuvre, lui-même identique ou distinct de celui sur lequel elle produit ses effets⁶¹⁰. En effet, « *la définition du marché permet d'identifier et de définir le périmètre à l'intérieur duquel s'exerce la concurrence entre entreprises* »⁶¹¹.

Mais ce principe connaît toutefois des exceptions, d'une part lorsqu'il apparaît qu'aucune pratique anticoncurrentielle n'est susceptible de se produire sur un quelconque marché et, d'autre part lorsque la nocivité du comportement examiné est telle que la concurrence est nécessairement sensiblement restreinte, quel que soit le marché pertinent. Alors qu'en matière d'abus de position dominante, la définition du marché constitue un préalable quasi-indispensable, la mise en œuvre de la prohibition des ententes peut plus fréquemment s'en passer⁶¹².

148. La définition du marché est essentielle et presque incontournable dans l'application de l'article 102 TFUE où elle y est « *opérée en vue de définir le périmètre à l'intérieur duquel doit être appréciée la question de savoir si une entreprise considérée est à même de se comporter, dans une mesure appréciable,*

⁶⁰⁹ Autrement dit le marché sur lequel la position dominante est occupée et le marché sur lequel la collusion est formée (accord conclu, pratique concertée adoptée ou décision d'association prise).

⁶¹⁰ En effet, « *l'article 102 TFUE ne comporte aucune indication explicite en ce qui concerne les exigences afférentes à la localisation de l'abus sur les marchés de produits* », ce dont il s'ensuit que « *peuvent être qualifiés d'abusifs certains comportements sur des marchés autres que les marchés dominés et qui ont des effets soit sur ces derniers, soit les marchés non-dominés eux-mêmes* », dès lors que « *des circonstances particulières* » peuvent justifier l'application de cet article à un comportement sur un tel marché « *distinct* », mais « *connexe* », à celui dominé : CJUE, 17 février 2011, *TeliaSonera Sverige AB*, aff. C-52/09, *Rec. p. I-527* (pts 84 à 87).

⁶¹¹ Comm. eur., *Communication sur la définition du marché en cause*, préc. : « *Son objet principal est d'identifier de manière systématique les contraintes que la concurrence fait peser sur les entreprises en cause. La définition d'un marché, au niveau tant des produits que de sa dimension géographique, doit permettre de déterminer s'il existe des concurrents réels, capables de peser sur le comportement des entreprises en cause ou de les empêcher d'agir indépendamment des pressions qu'exerce une concurrence effective. C'est dans cette optique que la définition du marché permet entre autres de calculer les parts de marché, qui apportent des informations utiles concernant le pouvoir de marché pour l'appréciation d'une position dominante ou pour l'application de l'article [101] du traité* » (paragraphe 2).

⁶¹² Le Tribunal a résumé la différence de rôle selon qu'il s'agit d'appliquer l'article 101 ou l'article 102 TFUE dans les termes suivants : « *Dans le cadre de l'application de l'article 82 CE, la définition adéquate du marché en cause est une condition nécessaire et préalable au jugement porté sur un comportement prétendument anticoncurrentiel, puisque, avant d'établir l'existence d'un abus de position dominante, il faut établir l'existence d'une position dominante sur un marché donné, ce qui suppose que ce marché ait été préalablement délimité. En revanche, dans le cadre de l'application de l'article 81 CE, c'est pour déterminer si l'accord, la décision d'association d'entreprises ou la pratique concertée en litige est susceptible d'affecter le commerce entre États membres et a pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence à l'intérieur du marché commun, qu'il faut, le cas échéant, définir le marché en cause* » : Trib.UE, 17 décembre 2009, *Solvay c/ Commission*, aff. T-57/01, *Rec. p. II-4621* (pt 248).

indépendamment de ses concurrents, de ses clients et des consommateurs »⁶¹³, autrement dit d'être en position dominante⁶¹⁴. Elle peut, cependant, être laissée ouverte lorsque la pratique contestée ne soulève de problèmes de concurrence sur aucun des marchés alternativement concevables⁶¹⁵.

Dans la mise en œuvre de l'article 101 TFUE, une délimitation précise est nécessaire pour évaluer si la concurrence est restreinte par effet de manière sensible et pour vérifier si la condition d'absence d'élimination de la concurrence est satisfaite en vue d'une éventuelle dérogation – le bénéfice d'une dérogation dépend, en effet, soit de seuils de part de marché pour les exemptions par catégorie, soit de l'absence d'élimination de la concurrence sur le marché pour l'exception légale individuelle⁶¹⁶. En revanche, la définition du marché peut ne pas être conduite à son terme lorsque, quels que soient les différents marchés en cause possibles, la collusion examinée ne pose aucun problème sous l'angle de la concurrence⁶¹⁷. Elle peut également être évitée en matière de restrictions par objet⁶¹⁸, puisqu'elles affectent nécessairement sensiblement la concurrence⁶¹⁹.

⁶¹³ Trib.UE, 1^{er} juillet 2010, *AstraZeneca AB et AstraZeneca plc c/ Commission*, aff. T-321/05, préc. (pt 30) ; v., également, CJCE, 9 novembre 1983, *Michelin c/ Commission*, aff. 322/81, *Rec.* p. 3461 (pt 37). Pour juger si une entreprise détient une position dominante, « *il faut, en premier lieu, déterminer le marché concerné* » : CJCE, 31 mai 1979, *Hugin c/ Commission*, aff. 22/78, *Rec.* p. 1869 (pt 5).

⁶¹⁴ Ce rôle du marché est critiqué par certains auteurs qui expliquent, notamment, qu'en matière d'abus de position dominante une approche consistant à apprécier globalement le pouvoir de marché de l'entreprise n'exigerait pas une préalable définition du marché et proposent d'établir la position dominante par l'estimation de « *l'élasticité de la demande adressée à l'entreprise concernée car celle-ci agrège l'ensemble des pressions concurrentielles auxquelles elle est soumise (de la part de ses concurrents comme de la plupart de ses clients) et permet donc d'apprécier directement le pouvoir de marché qu'elle détient* » (Ariane CHARPIN et Gildas DE MUIZON, « Délimiter les marchés pertinents ? Autant gratter une jambe de bois jusqu'à ce qu'elle saigne », préc. ; ici p. 15-16).

⁶¹⁵ Assez fréquemment laissée ouverte s'agissant des opérations de concentration, la détermination du marché l'est également dans l'application de la prohibition de l'abus de position dominante lorsque l'entreprise en cause ne saurait être dominante sur l'un des marchés en cause envisageables.

⁶¹⁶ Les *restrictions par objet*, dont les *restrictions caractérisées* ne sont qu'une sous-catégorie (v. article 4 du règlement (UE) n° 330/2010 de la Commission, du 20 avril 2010, concernant l'application de l'article 101, paragraphe 3, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées, *JOUE* L 102, 23 avril 2010, p. 1), peuvent, « *en toutes circonstances* », « *bénéficier de l'applicabilité de l'exception légale de l'article 101, paragraphe 3, TFUE si les conditions de cette dispositions sont réunies* » : CJUE, 13 octobre 2011, *Pierre Favre Dermo-Cosmétique*, aff. C-439/09, *Rec.* p. I-9419 (pts 57 et 59).

⁶¹⁷ V. Comm. eur., *Communication sur la définition du marché en cause*, préc. (paragraphe 27).

⁶¹⁸ V., en ce sens, Filippo AMATO, « The 1997 Commission Notice on market definition : Its time has come ? », préc. ; spéc. p. 10.

⁶¹⁹ CJUE, 13 décembre 2012, *Expedia Inc. c/ Autorité de la concurrence e.a.*, aff. C-226/11, non encore publié au *Rec.* (pt 37) : « *Il y a donc lieu de considérer qu'un accord susceptible d'affecter le commerce entre États membres et ayant un objet anticoncurrentiel constitue, par sa nature et indépendamment de tout effet concret de celui-ci, une restriction sensible du jeu de la concurrence* ».

149. Ce caractère variable du rôle du marché en matière antitrust n'est pas spécifique à sa dimension matérielle, mais concerne également sa dimension géographique. Cette particularité est ici soulignée car elle contraste avec le caractère pratiquement systématiquement préalable, dans toute procédure antidumping, des définitions du *produit concerné*⁶²⁰ et des *produits similaires*, définitions qui, par ailleurs, se distinguent de leur homologue antitrust par leur aspect davantage technique qu'économique.

B. Une définition technique du marché de produits en matière antidumping

150. La mise en œuvre de la législation antidumping débute presque systématiquement par la détermination des *produits*. Même en cas de non ouverture d'une procédure en raison d'une part de marché des importations trop faibles, le *produit concerné* doit être identifié⁶²¹. Cette identification n'est inutile que dans deux situations : le rejet de la plainte, motivé par l'absence d'éléments de preuve suffisant pour justifier la poursuite du dossier ; et le retrait de la plainte⁶²². Hormis ces cas limités, les déterminations des *produits* doivent immanquablement être conduites à leur terme car des constatations d'absences de dumping et/ou de préjudice ne peuvent être effectuées sans l'accomplissement de ce préalable. Le contraste avec le droit antitrust doit être souligné : il y est possible de conclure à l'absence d'infraction sans définir précisément le *marché en cause*.

151. En matière antidumping, trois *produits* doivent être définis. Les institutions (la Commission, et le Conseil jusque récemment) sont tenues de déterminer, d'une part,

La Cour a suivi les conclusions de son avocat général KOKOTT, prononcées le 6 septembre 2012 (pts 50 à 57).

⁶²⁰ Préalable très utile également en ce que cette définition du marché permet de mesurer si les importations en provenance du pays concerné représentent une part de marché supérieure à 1% de la consommation communautaire – ou si les importations cumulées des pays concernés représentent au moins 3% de la consommation communautaire –, faute de quoi une procédure ne peut être ouverte (article 5, paragraphe 7, du règlement de base).

⁶²¹ Article 5, paragraphe 7, du règlement de base.

⁶²² Article 5, paragraphes 7 et 8, du règlement de base.

le « *produit concerné* » ou « *produit considéré* »⁶²³ et, d'autre part, deux *produits similaires*. Le produit concerné est celui dont les importations dans l'Union sont soupçonnées être effectuées en dumping. L'objet de l'enquête antidumping est de déterminer si le prix à l'exportation de ce produit est inférieur à la valeur normale du *premier* produit similaire sur le marché intérieur du producteur-exportateur⁶²⁴ et si les importations de ce produit causent un préjudice important aux producteurs européens du *second* produit similaire. Deux *produits similaires* sont ainsi déterminés, l'un sur le marché d'exportation (le pays tiers), l'autre sur le marché d'importation (le marché intérieur de l'Union). À propos du second, « *point de départ pour la définition de l'industrie communautaire* », le Tribunal indique qu'il est « *le corollaire du produit concerné* »⁶²⁵.

152. À l'instar du Code antidumping, le règlement de base ne définit pas le concept de « *produit considéré* »⁶²⁶. Il ne précise pas « *comment doit être défini le produit ou la gamme de produits pouvant faire l'objet d'une enquête de dumping ni n'exige de procéder à une taxinomie fine* »⁶²⁷.

En revanche, l'article premier, paragraphe 4, du règlement de base, reprenant l'article 2.6 du Code antidumping, indique que, par « *produit similaire* », on entend « *un produit identique, c'est-à-dire semblable à tous égards au produit considéré, ou, en l'absence d'un tel produit, un autre produit qui, bien qu'il ne lui soit pas*

⁶²³ En anglais, respectivement, « *product concerned* » et « *product under consideration* ». Ces expressions sont utilisées dans le règlement de base dans les versions française et anglaise. Des auteurs utilisent aussi l'expression « *subject product* » (Petros C. MAVROIDIS, Patrick A. MESSERLIN et Jasper M. WAUTERS, *The Law and Economics of Contingent Protection in the WTO*, Cheltenham, UK - Northampton, MA, USA, Edward Elgar, 2008, 606 p. ; spéc. p. 162 et s).

⁶²⁴ Si ce marché intérieur est celui d'un pays tiers qui n'a pas une économie de marché, le produit similaire sera déterminé dans un pays tiers à économie de marché : article 2, paragraphe 7, du règlement de base.

⁶²⁵ Trib.U.E., 21 mars 2012, *Marine Harvest Norway c/ Conseil*, aff. T-113/06, non encore publié au *Rec.* (pts 47-48).

⁶²⁶ La jurisprudence de l'ORD souligne que « *bien que l'article 2.1 dispose qu'une détermination de l'existence d'un dumping doit être établie pour un seul et même produit considéré, il n'y a pas dans cet article d'indications permettant de déterminer les paramètres de ce produit, ni assurément de prescription quant à l'homogénéité sur le plan interne de ce produit* » : v. Groupe spécial *Communautés européennes – Mesure antidumping visant le saumon d'élevage en provenance du Norvège*, rapport du 16 novembre 2007, WT/DS337/R, paragraphe 7.49. Des propositions relatives à la définition du produit concerné ont été présentées dans le cadre des négociations en matière antidumping menées dans le cadre du cycle de Doha (TN/RL/W/143, 22 août 2003, p. 14, paragraphe 17) mais la question de l'introduction d'une telle définition ne fait pas aujourd'hui objet d'un consensus (TN/RL/W/254, 21 avril 2011, p. 12).

⁶²⁷ TPICE, 25 septembre 1997, *Shanghai Bicycles Corporation c/ Conseil*, aff. T-170/94, *Rec.* p. II-1383 (pt 61) ; Trib.U.E., 17 décembre 2010, *EWRIA c/ Commission*, aff. T-369/08, *Rec.* p. II-6283 (pt 81).

semblable à tous égards, présente des caractéristiques ressemblant étroitement à celles du produit considéré ». Mais cette définition ne peut être transposée à la détermination du produit considéré⁶²⁸. Or la définition de chacun des produits similaires, qui repose sur les « *caractéristiques* » du produit, implique la détermination préalable du produit considéré. Doit être déterminé le produit qui fera l'objet de la procédure antidumping en identifiant l'ensemble des produits importés constituant ce produit concerné.

Lorsque ce dernier est défini, il convient d'identifier, d'une part, les produits vendus sur le marché domestique du pays d'exportation similaires au produit concerné – aux fins de la détermination de la marge de dumping⁶²⁹ – et, d'autre part, les produits similaires fabriqués par l'industrie de l'Union – aux fins de la détermination du préjudice subi par cette dernière⁶³⁰.

L'objet de la définition du *produit concerné* est « *d'aider à l'élaboration de la liste des produits qui, le cas échéant, feront l'objet de l'imposition des droits antidumping* »⁶³¹. Une telle finalité est étrangère à celle de la définition du marché pertinent en droit antitrust, qui sanctionne une ou plusieurs entreprises pour leur pratique sur un marché, mais n'implique aucune mesure relativement aux produits/services constituant ce marché.

153. En l'absence de définition par la législation de base du *produit considéré*, le Tribunal a souligné que les institutions européennes « *peuvent tenir compte de plusieurs facteurs, tels que, notamment, les caractéristiques physiques, techniques et chimiques des produits, leur usage, leur interchangeabilité, la perception qu'en a le consommateur, les canaux de distribution, le processus de fabrication, les coûts de production et la qualité* »⁶³². Il reconnaît une large marge d'appréciation quant aux facteurs que les institutions jugent pertinents dans chaque espèce et n'exige l'examen systématique d'aucun d'entre eux. La pratique décisionnelle des institutions

⁶²⁸ Groupe spécial *Communautés européennes – Mesure antidumping visant le saumon d'élevage en provenance du Norvège*, rapport du 16 novembre 2007, WT/DS337/R, paragraphe 7.59.

⁶²⁹ Il s'agit de déterminer si le prix à l'exportation du produit concerné est inférieur à la valeur normale du produit similaire vendu sur le marché domestique du producteur-exportateur.

⁶³⁰ Il s'agit de déterminer si les produits de l'industrie de l'Union qui subit un préjudice sont similaires au produit concerné faisant l'objet des importations en dumping.

⁶³¹ Trib.UE, 4 mars 2010, *Brosmann Footwear e.a. c/ Conseil*, aff. T-401/06, *Rec.* p. II-671 (pt 131), et Trib.UE, 13 septembre 2010, *Whirlpool Europe c/ Conseil*, aff. T-314/06, *Rec.* p. II-5005 (pt 138).

⁶³² Trib.UE, 4 mars 2010, *Brosmann Footwear e.a. c/ Conseil*, aff. T-401/06, préc. (pt 131), et Trib.UE, 13 septembre 2010, *Whirlpool Europe c/ Conseil*, aff. T-314/06, préc. (pt 138) ; Trib.UE, 17 décembre 2010, *EWRIA c/ Commission*, aff. T-369/08, préc. (pt 82).

européennes révèle que, en règle générale, les facteurs auxquels elles accordent le plus de poids sont les caractéristiques physiques, techniques et chimiques essentielles des produits et leur usage, les premières primant sur le second en cas de contradiction⁶³³.

Ainsi l'accent n'est-il pas mis sur la perception des consommateurs, mais sur les caractéristiques intrinsèques des produits⁶³⁴. Non seulement les préférences de ces utilisateurs ne sont pas au cœur de la définition du produit concerné, mais le test concurrentiel des élasticités-prix croisés est totalement ignoré. Toutefois, si les caractéristiques des produits tiennent une place importante, elles ne sont pas nécessairement prioritaires⁶³⁵. En outre, si des différences physiques peuvent justifier de distinguer des produits nonobstant l'absence d'importance de celles-ci pour les consommateurs⁶³⁶, en présence de telles différences et d'une diversité des destinations des produits, la perception des consommateurs serait nécessairement différente et justifierait de ne pas inclure le second produit dans la définition du produit considéré⁶³⁷.

En pratique, la perception des consommateurs est souvent liée aux caractéristiques et aux usages des produits examinés. Mais là où le droit antitrust recherche l'interchangeabilité ou la substituabilité des produits en raison de leurs caractéristiques, de leurs prix et de l'usage auquel ils sont destinés, l'action antidumping s'intéresse aux caractéristiques et aux usages des produits en cause et à la perception qu'en ont les consommateurs. Par ailleurs, elle distingue, au moins partiellement, l'interchangeabilité et la perception du consommateur. La première paraît plus objective et la seconde davantage subjective. En effet, l'interchangeabilité semble liée aux caractéristiques physiques et aux utilisations : si deux produits n'ont pas les mêmes caractéristiques physiques de base et n'ont pas les mêmes utilisations finales fondamentales, ils ne sont pas interchangeables et ne devraient pas former un

⁶³³ Ivo VAN BAEL et Jean-François BELLIS, *EU Anti-Dumping and Other Trade Defence Instruments*, 5^{ème} éd., Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2011, 1368 p. ; spéc. p. 212.

⁶³⁴ V., à cet égard, dans le contexte de l'application d'une mesure à un nouveau type de produit qui n'était pas fabriqué lorsque cette mesure a été prise, et dont il convient de déterminer s'il présente toutes les caractéristiques du produit concerné : CJUE, 18 avril 2013, *Steinel Vertrieb GmbH*, aff. C-595/11, non encore publié au *Rec.* (pt 44 : « Pour déterminer s'il s'agit de produits différents, il convient notamment de vérifier s'ils partagent les mêmes caractéristiques techniques et physiques, les mêmes utilisations finales fondamentales et le même rapport entre leur qualité et leur prix. A cet égard, l'interchangeabilité et la concurrence entre ces produits devraient aussi être évaluées »).

⁶³⁵ Trib.UE, 13 septembre 2010, *Whirlpool Europe c/ Conseil*, aff. T-314/06, préc. (pt 141).

⁶³⁶ *Ibid.*

⁶³⁷ *Ibid.* (pt 136).

même produit concerné. Mais si des caractéristiques physiques distinctes sont susceptibles de produire une perception des consommateurs différente, lorsqu'en réalité elles ne sont pas perceptibles par ces derniers, les produits pourront former un seul produit concerné.

Les différents facteurs tendent à s'entremêler, voire à se confondre, et il devient fréquent pour les institutions de considérer différents produits comme un seul produit, en remarquant qu'ils sont en concurrence, ou au contraire de les distinguer parce qu'ils ne sont pas en concurrence. De même, s'agissant des divers segments ou sous-catégories d'un produit, une distinction pourra être faite lorsqu'il existe une concurrence entre segments ou sous-catégories adjacents. Quant au composant d'un produit, il ne saurait être incorporé au produit lui-même, mais peut constituer « *un produit concerné en tant que tel* »⁶³⁸.

Ainsi, bien que fondamentalement technique – les caractéristiques physiques primant *a priori* sur des considérations plus économiques comme la perception des consommateurs et la position concurrentielle des produits en cause –, la définition du *produit considéré* est néanmoins réceptive à des facteurs économiques. Elle est essentiellement casuistique et difficile à systématiser, ce qui lui confère un point commun avec la définition du *marché pertinent*.

154. Quant au *produit similaire*, sa définition se concentre également sur les caractéristiques physiques. Les produits examinés doivent être identiques ou presque identiques au produit concerné, en ce sens qu'ils ne doivent pas être identiques à tous égards et que des variations mineures ne suffisent pas à exclure la similarité⁶³⁹. En revanche, si deux produits sont distincts, ils ne constituent pas des produits similaires, nonobstant la circonstance qu'ils soient en concurrence l'un avec l'autre⁶⁴⁰. En pratique, les critères utilisés pour définir le produit concerné sont repris pour la détermination du produit similaire. D'ailleurs, produit similaire et produit concerné sont étroitement liés : si la définition du produit concerné a été établie en se référant à

⁶³⁸ TPICE, 10 septembre 2008, *JSC Kirovo-Chepetsky c/ Conseil*, aff. T-348/05, *Rec.* p. II-159 (publication sommaire) (pts 62-64).

⁶³⁹ Ivo VAN BAEL et Jean-François BELLIS, *EU Anti-Dumping and Other Trade Defence Instruments*, 5^{ème} éd, *op. cit.* ; spéc. p. 208 et s.

⁶⁴⁰ *Ibid.* ; spéc. p. 238.

un seul produit, sans en distinguer les diverses formes ou présentations, la détermination du produit similaire devra reprendre cette approche⁶⁴¹.

La finalité de la définition du produit similaire dans l'Union – qui est d'évaluer l'effet des importations en dumping sur son industrie – influence la conclusion des institutions. La position du Tribunal dans l'affaire *Extramet – IPS* illustre cette appréciation finaliste : assimilant la similarité des produits à l'interchangeabilité – ce qui ne semble pas correspondre aux pratiques antérieures et ultérieures des institutions – le Tribunal y a estimé insuffisante la prise en compte des seules préférences des entreprises de transformation, utilisatrices directes du produit de base en cause, et a requis celle des préférences des utilisateurs finals, en raison de leur influence sur la demande du produit en cause par les transformateurs. Une telle approche était nécessaire en raison des particularités de l'espèce, afin de mesurer le préjudice de l'industrie de l'Union de production du produit de base⁶⁴².

155. Si, dans certaines mesures d'application, la définition des produits concernés et similaires fait intervenir les critères d'interchangeabilité et de perception des consommateurs, et indique si les produits sont ou non en concurrence, de nombreuses déterminations ne sont fondées que sur les caractéristiques et l'utilisation des produits⁶⁴³. Par ailleurs, la substituabilité du côté de l'offre ne semble jamais être prise en compte. Ainsi a-t-on pu considérer comme *produit concerné* un type particulier de papier et carton – « *le papier et le carton kraft* »⁶⁴⁴ –, sans égard pour une éventuelle substituabilité du côté de l'offre, alors que la communication sur la définition du marché présente, précisément, le secteur du papier comme un exemple de secteur dans lequel cette substituabilité pourrait jouer⁶⁴⁵.

⁶⁴¹ Trib.U.E., 21 mars 2012, *Marine Harvest Norway c/ Conseil*, préc. (v. pts 54-56).

⁶⁴² TPICE, 15 octobre 1998, *Industrie des poudres sphériques (IPS) c/ Conseil*, aff. T-2/95, *Rec. p. II-3939* (v. pts 212-221). En vue de l'évaluation du préjudice subi par l'industrie communautaire du produit similaire, les institutions avaient estimé similaire un produit qui n'était pourtant pas entièrement interchangeable avec le produit considéré. Sur trois industries utilisatrices du calcium métal, une seule l'utilisait primaire, les deux autres sous une forme transformée – le calcium métal divisé.

⁶⁴³ V., pour un exemple récent, le règlement (UE) n° 845/2012 de la Commission du 18 septembre 2012, instituant un droit antidumping sur les importations de certains produits en acier à revêtement organique originaires de la République populaire de Chine, *JOUE* L 252, 19 septembre 2012, p. 33 ; spéc. paragraphes 13-18.

⁶⁴⁴ Règlement (CEE) n° 551/83 du Conseil, du 8 mars 1983, portant institution d'un droit anti-« dumping » définitif sur le papier et le carton kraft originaires des États-Unis d'Amérique, *JOCE* L 64, 10 mars 1983, p. 25.

⁶⁴⁵ Comm. eur., *Communication sur la définition du marché en cause*, préc. (paragraphe 22).

D'autres exemples illustrent la tendance de cette approche, fondée sur les caractéristiques, à générer des *marchés commerciaux* plus étroits que les *marchés concurrentiels* homologues. Si la Commission a pu retenir comme marché pertinent celui des bananes en raison des particularités de ce fruit⁶⁴⁶, il est peu probable qu'elle définisse un marché des fraises congelées, alors qu'en matière antidumping elle a considéré comme *produit concerné* les fraises congelées⁶⁴⁷.

156. De même qu'en droit antitrust une définition plus ou moins large du marché de produit peut avoir « *une influence déterminante sur l'appréciation d'une affaire de concurrence* »⁶⁴⁸, en matière antidumping, les déterminations du produit concerné et des produits similaires exercent une incidence sur l'issue de la procédure. Une conception étroite du produit concerné et du produit similaire sur le marché d'exportation peut, selon les circonstances de l'espèce, favoriser la détermination positive de l'existence d'un dumping et/ou exercer un effet inflationniste sur la marge de dumping. Mais il vrai que, au contraire, elle peut réduire l'occurrence de l'un ou l'autre de tels résultats. Parallèlement, une conception étroite du produit similaire sur le marché d'importation peut, selon la situation en cause, conduire à la détermination positive d'un préjudice ou augmenter la marge de préjudice ou, au contraire, mener à la conclusion d'absence de préjudice ou réduire l'ampleur du préjudice constaté⁶⁴⁹. Le

⁶⁴⁶ Décision n° 76/353/CEE de la Commission, du 17 décembre 1975, relative à une procédure d'application de l'article 86 du traité CEE (IV/26 699 – *Chiquita*), *JOCE* L 95, 9 avril 1976, p. 1 ; spéc. p. 11. Cette décision a fait l'objet d'un recours en annulation à l'occasion duquel la Cour a validé la définition retenue par la Commission : CJCE, 14 février 1978, *United Brands c/ Commission*, aff. 27/76, *Rec.* p. 207 (pt 35). V., également, la décision de la Commission du 12 octobre 2011, relative à une procédure d'application de l'article 101 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (COMP/39.482 — *Fruits exotiques (bananes)*), *JOUE* C 64, 3 mars 2012, p. 10 (résumé) ; et la décision de la Commission du 15 octobre 2008, relative à une procédure d'application de l'article 81 du traité CE (COMP/39.188 – *Bananes*), *JOUE* C 189, 12 août 2009, p. 12 (résumé).

⁶⁴⁷ Avec l'aval du Conseil : v. règlement (CE) n° 407/2007 du Conseil, du 16 avril 2007, instituant un droit antidumping définitif et libérant les montants déposés au titre du droit provisoire institué sur les importations de certaines fraises congelées originaires de la République populaire de Chine, *JOUE* L 100, 17 avril 2007, p. 1 (paragraphe 9 à 12).

⁶⁴⁸ Comm. eur., *Communication sur la définition du marché en cause*, préc. (paragraphe 4).

⁶⁴⁹ Sachant, par ailleurs, que « *l'effet des importations faisant l'objet d'un dumping est évalué par rapport à la production communautaire du produit similaire lorsque les données disponibles permettent d'identifier cette production séparément...* » ; mais, « *s'il n'est pas possible d'identifier séparément cette production, les effets des importations faisant l'objet d'un dumping sont évalués par examen de la production du groupe ou de la gamme de produits le plus étroit, comprenant le produit similaire, pour lequel les enseignements nécessaires peuvent être fournis* » (article 3, paragraphe 8, du règlement de base ; soulignement ajouté) ; dans cette dernière situation, l'élargissement corrélatif de l'industrie de l'Union peut diluer l'impact des importations en dumping et rendre plus difficile le constat d'un préjudice.

plus souvent toutefois, l'approche étroite semble favoriser l'adoption de mesures antidumping.

157. Il convient de remarquer, par ailleurs, que les différences d'approche entre l'antitrust et l'antidumping en matière de définition de la dimension matérielle du marché ne conduisent pas nécessairement à des résultats contradictoires. À cet égard, la célèbre affaire *Extramet – IPS* peut être citée comme illustration. Le produit considéré retenu par les institutions en matière antidumping était le calcium-métal primaire⁶⁵⁰. Dans la procédure antitrust conclue par un rejet de plainte, la Commission avait retenu deux marchés, celui amont du calcium métal primaire, et celui aval du calcium-métal divisé⁶⁵¹. Le premier était constitué des calciums-métal primaires produits par l'industrie communautaire, par les producteurs-exportateurs chinois et russes accusés de dumping ainsi que par les producteurs américains et canadiens⁶⁵². Dans cette affaire, la divergence réelle quant à la définition du marché résultait de la différence d'approche en matière de dimension géographique du marché.

§ II. Les différences dans la dimension géographique du marché

158. L'affirmation selon laquelle l'application de la législation antidumping implique, dans une certaine mesure, la définition de l'espace géographique dans le cadre duquel le dumping est pratiqué et produit ses effets, doit être précisée. La mise en œuvre des règles antitrust requiert, en principe, la définition d'un marché et, notamment, de sa dimension géographique, laquelle, à l'instar du marché de produit, fluctue d'une espèce à l'autre. Au contraire, en matière antidumping, l'espace géographique est déterminé par la législation elle-même. La dimension géographique

⁶⁵⁰ V. les règlements (CE) n° 892/94 de la Commission (*JOCE* L 104, 23 avril 1994, p. 5) et (CE) n° 2557/94 du Conseil (*JOCE* L 270, 21 octobre 1994, p. 27) : bien qu'il n'y soit question que de « calcium-métal relevant du code NC 2805 21 00 » (respectivement paragraphes 8 et 6), il s'agit en fait du calcium métal primaire, distinct du calcium métal divisé dans la production duquel le premier est un intrant.

⁶⁵¹ V. TPICE, 30 novembre 2000, *Industries des poudres sphériques (IPS) c/ Commission*, aff. T-5/97, *Rec.* p. II-3755.

⁶⁵² Bien que la décision de rejet de plainte, non publiée, ne contienne aucune définition précise du marché de produit et du marché géographique, cette conclusion peut être déduite de la lecture de la décision, puisqu'elle relève qu'IPS, aux fins de production du calcium-métal divisé, pouvait se fournir en calcium-métal primaire auprès des producteurs nord-américains.

du marché n'y est pas délimitée à l'occasion de chaque mise en œuvre. Elle est prédéfinie par la législation pour toute application ultérieure. À cette première différence s'en ajoute une seconde, plus essentielle. Tandis que la dimension géographique du marché pertinent en matière antitrust est économique (**A.**), l'espace géographique en matière antidumping est politique (**B.**).

A. Un marché géographique économique en droit antitrust

159. Le marché géographique est défini dans la communication sur le marché en cause, synthétisant la jurisprudence de la Cour de justice⁶⁵³, comme « *le territoire sur lequel les entreprises concernées sont engagées dans l'offre des biens et services en cause, sur lequel les conditions de concurrence sont suffisamment homogènes et qui peut être distingué de zones géographiques voisines parce que, en particulier, les conditions de concurrence y diffèrent de manière appréciable* »⁶⁵⁴ ; « [s]eules les zones dans lesquelles les conditions objectives de concurrence sont "hétérogènes" ne peuvent être considérées comme constituant un marché uniforme »⁶⁵⁵. « [T]out comme celle du marché de produit », la définition du marché géographique « *relève d'une appréciation économique* »⁶⁵⁶.

La dimension géographique du marché en cause est déterminée en examinant les facteurs relatifs à la demande et à la sensibilité à une variation des prix relatifs, à l'offre, et à « *la structure effective et l'évolution des courants d'échange* ». Ces derniers offrent « *des indications complémentaires utiles de l'importance économique de chacun des facteurs liés à la demande ou à l'offre* »⁶⁵⁷. L'étendue des marchés géographiques définis dans les différentes espèces varie entre la dimension locale à la taille mondiale, « *des exemples à la fois de marchés locaux et mondiaux* » se trouvant « *dans les décisions passées de la Commission* »⁶⁵⁸.

⁶⁵³ V., notamment, CJCE, 14 février 1978, *United Brands c/ Commission*, aff. 27/76, préc. (pt 44 et, également, pts 11 et 53) ; CJCE, 9 novembre 1983, *Michelin c/ Commission*, aff. 322/81, *Rec.* p. 3461 (pts 26 à 28) ; TPICE, 6 octobre 1994, *Tetra Pak c/ Commission*, aff. T-83/91, *Rec.* p. II-755 (pt 91).

⁶⁵⁴ Comm. eur., *Communication sur la définition du marché en cause*, préc. (paragraphe 8).

⁶⁵⁵ TPICE, 21 octobre 1997, *Deutsche Bahn c/ Commission*, aff. T-229/94, *Rec.* p. II-1689 (pt 58) ; Trib.UE, 17 décembre 2009, *Solvay c/ Commission*, aff. T-57/01, préc. (pt 249).

⁶⁵⁶ TPICE, 12 juin 1997, *Tiercé Ladbroke SA c/ Commission*, aff. T-504/93, *Rec.* p. II-923 (pt 102).

⁶⁵⁷ *Ibid.* ; paragraphes 28 à 31.

⁶⁵⁸ *Ibid.* ; paragraphe 51.

160. Des prix très différents entre deux États membres pour le produit considéré devraient conduire à la conclusion de l'existence de deux marchés géographiques distincts, dès lors qu'en l'absence de barrières qui rendraient les échanges interétatiques difficiles, d'importantes différences de prix ne sauraient s'expliquer que par des conditions de concurrence différentes⁶⁵⁹. Pourtant, le Tribunal a pu considérer, en présence de différences de prix très importantes entre des États membres, conjuguées à des frais de transport faibles, que la dimension géographique du marché était l'ensemble de la Communauté⁶⁶⁰. Au contraire, en matière de dumping, dans une situation comparable, l'Union, d'une part, et le pays tiers en cause, d'autre part, ne sauraient, par hypothèse, faire partie du même espace géographique. Il est vrai qu'entre l'Union et ces pays tiers persistent généralement des droits de douanes et des restrictions diverses aux échanges, notamment liées aux normes de qualité, de sécurité, de santé, etc., qui sont également susceptibles de limiter l'étendue des marchés géographiques concurrentiels.

La dimension géographique d'un marché concurrentiel peut correspondre aux frontières politiques d'un État membre⁶⁶¹, de plusieurs États réunis, du territoire de l'Union ou de l'EEE tout entier, et parfois même transcender toutes limites politiques pour atteindre une taille mondiale. Mais une telle dimension correspondant dans les faits aux frontières politiques n'est que le résultat, fortuit, d'une appréciation économique. La situation est inverse en matière antidumping.

B. Un marché géographique politique en matière antidumping

161. Contrairement à son homologue concurrentiel, dont la définition relève d'une appréciation économique, le marché géographique défini en matière antidumping est exclusivement politique. Sa dimension correspond aux limites politiques des *pays* considérés, à une exception près⁶⁶².

⁶⁵⁹ V., à cet égard, Michel WAELBROECK et Aldo FRIGNANI, *Le droit de la CE, Volume 4 - Concurrence, Commentaire J. MEGRET*, 2^{ème} éd., 1997, Bruxelles, Éd. de l'Université de Bruxelles, 1098 p. ; spéc. p. 264, n° 259.

⁶⁶⁰ TPICE, 12 décembre 1991, *Hilti c/ Commission*, aff. T-30/89, *Rec.* p. II-1439 (pt 81).

⁶⁶¹ V., par exemple, TPICE, 22 novembre 2001, *AAMS c/ Commission*, aff. T-139/98, *Rec.* p. II-3413 (pt 39).

⁶⁶² Il s'agit de la possibilité de retenir, comme victime des importations en dumping, non pas l'industrie de l'Union, mais une industrie régionale : v. *supra* n° 30 et *infra* n° 163. L'espace géographique affecté par les importations effectuées en dumping est dès lors limité à une région *ad hoc* au sein de l'Union.

Le dumping est une pratique tarifaire transnationale qui consiste en « *l'introduction des produits d'un pays sur le marché d'un autre pays à un prix inférieur à la valeur normale* »⁶⁶³. Autrement dit, « *un produit est considéré comme faisant l'objet d'un dumping lorsque son prix à l'exportation vers [l'Union] est inférieur au prix comparable, pratiqué au cours d'opérations commerciales normales, pour le produit similaire dans le pays exportateur* »⁶⁶⁴. La différence entre prix et valeur est constatée entre deux *marchés nationaux*, celui du pays d'exportation – pays tiers – et celui du pays d'importation – l'Union européenne. Sur un marché d'importation sont introduits des produits en provenance d'un marché d'exportation – ou marché domestique – à partir duquel des producteurs-exportateurs ont recours au dumping pour leurs exportations vers le marché d'importation.

Les marchés géographiques discriminés auxquels s'intéressent l'encadrement antidumping multilatéral et la législation antidumping de l'Union ne sont pas économiques mais politiques. Le marché d'importation et le marché d'exportation correspondent nécessairement aux frontières politiques des pays concernés : de l'Union pour le premier ; du pays tiers en cause pour le second. Ainsi la conception *commerciale* du marché est-elle étrangère à son équivalente *concurrentielle* s'agissant de la dimension géographique du marché. Dans le cadre de l'action antidumping, la dimension géographique des marchés concernés n'est pas déterminée à partir des critères économiques propres à chaque espèce, mais sur une base politique récurrente prédéfinie. Elle n'est fonction ni du degré d'homogénéité des conditions de concurrence prévalant sur l'espace géographique en cause, ni d'une différenciation appréciable des conditions de concurrence y régnant par rapport à une zone géographique voisine. Plus exactement, elle ne dépend pas d'une vérification au cas par cas de ce degré et de cette différenciation. La dimension géographique en matière antidumping repose sur une présomption légale d'hétérogénéité, de différenciation des conditions de concurrence entre l'Union, d'une part, et chaque pays tiers, d'autre part.

162. Certes, dans les faits, pour un produit donné, les marchés nationaux *commerciaux* et les marchés géographiques *concurrentiels* peuvent correspondre. D'ailleurs, le dumping ne devrait-il pas apparaître seulement entre deux marchés

⁶⁶³ Article VI:1 du GATT.

⁶⁶⁴ Article 1^{er}, paragraphe 2, du règlement antidumping de base.

concurrentiels identiques dans leur dimension produit mais distincts quant à leur dimension géographique ? En effet, une différence des conditions de concurrence dans les deux pays ou territoires discriminés semble une condition factuelle nécessaire à l'existence d'une discrimination de prix. À moins que les conditions de concurrence normalement homogènes sur les deux marchés nationaux – constituant un unique marché géographique concurrentiel – ne soient perturbées par une collusion, entre les *auteurs* du dumping, qui empêche les produits vendus moins chers sur le premier de ces marchés nationaux d'être proposés, par importations parallèles, sur le second. En tout état de cause, la législation antidumping ne se préoccupe pas de savoir si la différence de prix est intra-marché ou inter-marchés – dans le sens concurrentiel du terme marché. Elle s'intéresse à une discrimination tarifaire interétatique⁶⁶⁵.

163. S'agissant du pays d'importation, le marché géographique pris en considération par l'action antidumping correspond, en principe, à l'ensemble du territoire de l'Union. L'industrie à laquelle les importations effectuées en dumping causent un préjudice important est constituée des producteurs établis dans l'Union.

Mais cette présomption légale de dimension géographique européenne du marché d'importation n'est pas irréfragable. Elle peut être renversée. Dans des circonstances exceptionnelles, l'industrie de l'Union qui subit un préjudice important peut ne pas être celle de toute l'Union mais seulement une industrie régionale⁶⁶⁶. La protection de la législation antidumping est ainsi accordée à une telle industrie « *même si une proportion majeure de l'industrie communautaire n'est pas lésée* »⁶⁶⁷. À cet égard, on peut remarquer qu'une entente ou une pratique abusive peuvent être prohibées par le droit antitrust de l'Union alors même qu'elles ont lieu sur un marché pertinent qui n'est pas de dimension européenne, voire qui ne concerne qu'une partie d'un État membre.

Cette réduction du champ géographique des effets du dumping requiert une concentration des ventes des producteurs du marché régional sur ce marché ainsi qu'une satisfaction principale de la demande sur ce marché régional par les

⁶⁶⁵ V. *infra* n° 209 et s.

⁶⁶⁶ V. *supra* n° 30.

⁶⁶⁷ Article 4, paragraphe 1, b), du règlement antidumping de base.

producteurs situés sur ce dernier⁶⁶⁸. Autrement dit, elle exige une forme d'autarcie du marché considéré. Mais ces exigences factuelles n'équivalent pas à des contraintes concurrentielles particulières qui pèseraient sur une partie de l'industrie de l'Union.

164. À cette différence essentielle entre le droit antitrust et l'action antidumping en ce qui concerne la dimension géographique du marché – appréciation économique du premier contrastant avec l'approche politique de la seconde – s'en ajoute une seconde relative au nombre de marchés géographiques définis. En matière antitrust, en principe un seul marché pertinent est défini et c'est sur ce dernier que sont présentes les entreprises en cause et que sont mises en œuvre les pratiques anticoncurrentielles sanctionnées⁶⁶⁹. En matière antidumping, au contraire, deux marchés politiques au moins doivent systématiquement être identifiés : un marché d'importation sur lequel l'industrie subit un préjudice, et au moins un marché d'exportation à partir duquel agissent les *auteurs* du dumping. Lorsque des exportations à prix de dumping sont effectuées depuis plusieurs pays tiers et que le préjudice est cumulativement évalué, plusieurs marchés d'exportation sont nécessairement identifiés.

*

165. Le rôle du *marché* n'est pas identique en matière antitrust et antidumping. Alors que l'absence d'infraction antitrust peut être établie sans détermination précise du marché – sa définition étant laissée en suspens – la constatation que les importations examinées n'ont pas fait l'objet d'un dumping requiert nécessairement la définition précise du *produit concerné* importé dans l'Union et celle du *produit similaire* dans le pays exportateur.

Par ailleurs, les approches antitrust et antidumping en matière de détermination du *marché concerné*, dans ses dimensions matérielle et géographique, divergent nettement. Quant à la seconde, la faiblesse de l'analyse économique en matière de *produit considéré* et de *produits similaires* pourrait s'expliquer, partiellement, par l'organisation des services de la Commission. En effet, si les enquêtes antidumping sont conduites par des fonctionnaires de celle-ci, à l'instar des procédures antitrust,

⁶⁶⁸ Article 4, paragraphe 1, b), i) et ii), du règlement antidumping de base.

⁶⁶⁹ En principe seulement cas, dans certains cas, le marché où l'entreprise ou les entreprises en cause mettent en œuvre leurs pratiques et celui où les effets se font ressentir peuvent être différents. Par ailleurs, en matière d'abus, une position dominante sur un marché donné peut être exploitée abusivement sur un autre marché, distinct, présentant des liens particuliers avec le premier.

les premières se font sans l'éventuelle assistance d'un économiste. Alors que la DG concurrence est dotée, depuis 2003, d'un économiste en chef chargé de fournir des avis économiques indépendants sur la politique de concurrence en général et dans certaines affaires en particulier, notamment pour la définition des *marchés en cause*, un tel poste ne figure pas dans l'organigramme de la DG commerce. Cette dernière peut, toutefois, recourir aux services d'experts pour l'assister notamment dans les définitions des produits concernés et similaires⁶⁷⁰, et l'audition que le règlement de base permet d'organiser⁶⁷¹, peut également offrir un cadre pour l'intervention d'experts aux fins de telles déterminations⁶⁷².

166. Au-delà de leurs différences en matière de définition d'un *marché concerné*, le droit antitrust et la législation antidumping partagent quelques points communs quant à ce *contexte* dans lequel les pratiques tarifaires sont appréhendées.

En premier lieu, leur mise en œuvre respective repose très largement sur la définition d'un *marché* qui doit, en principe, être conduite préalablement à la constatation d'une pratique tarifaire condamnable. Si ce *marché concerné* est défini selon une approche économique en droit antitrust, l'analyse économique n'est pas totalement absente en matière antidumping : d'une part, les facteurs pris en compte pour définir les produits concernés et similaires ne sont pas étrangers à l'économie ; d'autre part, la dimension géographique prédéfinie selon des frontières politiques est liée à la raison d'être de l'action antidumping européenne : protéger un espace économique relativement homogène – l'Union européenne – contre les importations déloyales en provenance d'espaces économiques tiers.

⁶⁷⁰ Ivo VAN BAEL et Jean-François BELLIS, *EU Anti-Dumping and Other Trade Defence Instruments*, 5^{ème} éd., *op. cit.*, rapportent deux procédures dans lesquelles des experts furent nommés pour l'aider dans une définition controversée des produits concernés/similaires (spéc. p. 459 et 460, note n° 81). Les arrêts de la Cour dans l'affaire des photocopieurs à papier ordinaire mentionnent que les institutions s'étaient fondées sur des études de marché pour définir le produit similaire dans la Communauté : v., notamment, CJCE, 10 mars 1992, *Canon c/ Conseil*, aff. C-171/87, *Rec.* p. I-1237 (pt 48).

⁶⁷¹ Article 6, paragraphe 6, du règlement de base.

⁶⁷² Ivo VAN BAEL et Jean-François BELLIS, *EU Anti-Dumping and Other Trade Defence Instruments*, 5^{ème} éd., *op. cit.* ; spéc. p. 459 et 460, note n° 82.

En deuxième lieu, en droit antitrust comme en matière antidumping, l'exercice de définition du *marché* est assez formel et rigide⁶⁷³, ce qui est probablement inévitable s'agissant d'une démarche juridique, reposant sur des critères connus, destinés à assurer une relative prévisibilité du résultat en vue d'une certaine sécurité juridique, fut-elle teintée d'analyse économique à des degrés divers, et nonobstant le caractère casuistique de chaque détermination concrète d'un *marché*.

En troisième lieu, dans les deux disciplines, les institutions jouissent d'une large marge d'appréciation pour la définition du *marché*, avec pour corollaire un contrôle limité du juge européen. Puisque la définition du *marché en cause* implique des appréciations économiques complexes, le contrôle du juge ne peut qu'être restreint. Il ne vise qu'« à vérifier que la décision litigieuse ne repose pas sur des faits matériellement inexacts et qu'elle n'est entachée d'aucune erreur de droit ni d'aucune erreur manifeste d'appréciation ou de détournement de pouvoir »⁶⁷⁴. Le juge doit contrôler l'interprétation des données économiques et « vérifier si la Commission a fondé son appréciation sur des éléments de preuve qui sont exacts, fiables et cohérents, qui constituent l'ensemble des données pertinentes devant être prises en considération pour apprécier une situation complexe et qui sont de nature à étayer les conclusions qui en sont tirées »⁶⁷⁵. De même, en matière antidumping, dans la détermination des *produits similaires*, les institutions européennes disposent d'un large pouvoir discrétionnaire et les juridictions de l'Union d'un pouvoir de contrôle limité à la vérification du respect des règles de procédure, de l'exactitude matérielle des faits retenus pour opérer le choix contesté, de l'absence d'erreur manifeste dans

⁶⁷³ Selon deux auteurs, « l'analyse économique des effets gagne du terrain et permet d'élaborer de nouveaux tests qui remplaceront avantageusement l'exercice formel et rigide de délimitation des marchés pertinents », exercice qui apparaîtrait comme « le reliquat d'une approche formaliste du droit de la concurrence » (Ariane CHARPIN et Gildas DE MUIZON, « Délimiter les marchés pertinents ? Autant gratter une jambe de bois jusqu'à ce qu'elle saigne », préc. ; ici p. 16).

⁶⁷⁴ Trib.UE, 15 décembre 2010, *CEAHR c/ Commission*, aff. T-427/08, préc. (pts 65 et 66).

⁶⁷⁵ V., notamment, à propos du marché de produit : TPICE, 17 septembre 2007, *Microsoft c/ Commission*, aff. T-201/04, préc. (pt 482) ; TPICE, 9 septembre 2009, *Clearstream Banking AG e.a. c/ Commission*, aff. T-301/04, préc. (pt 47). De même, à propos du marché géographique : « il résulte d'une jurisprudence constante que, si la juridiction communautaire exerce, de manière générale, un entier contrôle sur le point de savoir si les conditions d'application des règles de concurrence se trouvent ou non réunies, le contrôle qu'elle exerce sur les appréciations économiques complexes portées par la Commission doit, toutefois, se limiter à la vérification du respect des règles de procédure et de motivation ainsi que de l'exactitude matérielle des faits, de l'absence d'erreur manifeste d'appréciation et de détournement de pouvoir (arrêts du Tribunal du 30 mars 2000, *Kish Glass/Commission*, T-65/96, Rec. p. II-1885, point 64, et du 17 septembre 2007, *Microsoft/Commission*, T-201/04, Rec. p. II-3601, point 87) » (pt 250 de l'arrêt *Solvay c/ Commission*, aff. T-57/01, préc.).

l'appréciation de ces faits ou de l'absence de détournement de pouvoir⁶⁷⁶, auxquels la vérification de l'absence d'erreur de droit devrait être ajoutée. La solution vaut également pour la délimitation du *produit concerné*⁶⁷⁷.

Section 2 – Les différences relatives aux auteurs des pratiques visées

167. Les différences les plus visibles entre l'antidumping et l'antitrust concernent les *auteurs*⁶⁷⁸ des pratiques appréhendées. En effet, alors qu'une pratique anticoncurrentielle ne peut être constatée que si une collusion entre plusieurs entreprises ou une position dominante individuelle ou collective est préalablement établie, la législation antidumping ne requiert pas la détermination de telles situations caractérisant la (ou les) entreprise(s) en cause. Par les prohibitions des ententes et abus de position dominante, les règles antitrust ne visent que les entreprises qui ont renoncé à leur autonomie d'action sur le marché (elles se sont liées d'une certaine manière dans la définition de leur comportement sur le marché) et/ou jouissent d'un certain pouvoir de marché. Celles pour lesquelles l'une et/ou l'autre de ces caractéristiques ne sont pas vérifiées sont immunisées contre toute sanction antitrust. Par contraste, la législation antidumping permet de neutraliser les effets de pratiques adoptées par des entreprises sans vérifier préalablement l'existence entre elles de liens comparables et/ou d'un pouvoir de marché particulier. Un bref exposé des conditions requises en matière antitrust s'agissant des *auteurs* des pratiques appréhendées (§ I.) permettra de vérifier leur absence dans la législation antidumping (§ II.).

§ I. Les conditions requises en matière de pratiques anticoncurrentielles

168. En matière de pratiques anticoncurrentielles, est exigée, est préalable à la constatation d'une pratique interdite, la vérification d'une atteinte à l'autonomie

⁶⁷⁶ V., notamment, TPICE, 25 septembre 1997, *Shanghai Bicycles Corporation c/ Conseil*, aff. T-170/94, *Rec.* p. II-1383 (pts 23 et 24), et TPICE, 15 octobre 1998, *Industrie des poudres sphériques (IPS) c/ Conseil*, aff. T-2/95, *préc.* (pts 204 et 205).

⁶⁷⁷ Nonobstant la circonstance que cela n'est pas souligné dans les arrêts traitant de la question de la définition du *produit concerné*.

⁶⁷⁸ Le sens donné au terme *auteur* dans cette section est explicité *supra* n° 139.

d'action des entreprises concernées (A.) et/ou d'un pouvoir de marché minimal (B.). L'emploi de la formule *et/ou* est justifiée par la circonstance que, hormis le cas de la position dominante individuelle, dans lequel seule la vérification d'un certain pouvoir de marché est effectuée, dans les autres cas (entente et position dominante collective) les deux conditions doivent être vérifiées.

A. Une disparition de l'autonomie de comportement sur le marché

169. Qu'il s'agisse de la collusion en matière d'entente (1°), ou de l'entité collective en matière d'abus de position dominante (2°), les entreprises sont appréhendées par les prohibitions *antitrust* en raison de la disparition de leur autonomie d'action sur le marché.

1° Une disparition entre les entreprises parties à l'entente

170. En matière d'entente, « *le fondement de la prohibition tient à la valeur accordée en tant que telle à l'autonomie du comportement des opérateurs économiques* »⁶⁷⁹. La Cour de justice a-t-elle très tôt affirmé que, « *s'il est loisible à chaque producteur de modifier librement ses prix et de tenir compte à cet effet du comportement, actuel ou prévisible, de ses concurrents, il est en revanche contraire aux règles de concurrence du traité qu'un producteur coopère avec ses concurrents, de quelque manière que ce soit, pour déterminer une ligne d'action coordonnée relative à une hausse de prix, et pour en assurer la réussite par l'élimination préalable de toute incertitude quant au comportement réciproque relatif aux éléments essentiels de cette action* »⁶⁸⁰. Elle a ultérieurement déclaré que, selon « *la conception inhérente aux dispositions du traité relatives à la concurrence* », « *tout opérateur économique doit déterminer de manière autonome la politique qu'il entend suivre sur le marché commun* »⁶⁸¹. Ainsi la prohibition vise-t-elle à préserver l'autonomie de comportement des entreprises sur le marché, non seulement en matière de prix, mais aussi de qualité, de diversité et d'innovation. Sur tous ces aspects les entreprises doivent agir de manière autonome,

⁶⁷⁹ Catherine PRIETO et David BOSCO, *Droit européen de la concurrence, Ententes et abus de position dominante*, Bruxelles, Bruylant, 2013, 1520 p. ; spéc. p. 434.

⁶⁸⁰ CJCE, 14 juillet 1972, *Imperial Chemical Industries Ltd (ICI) c/ Commission (Matières colorantes)*, aff. 48/69, *Rec.* p. 619 (pt 118).

⁶⁸¹ CJCE, 16 décembre 1975, *Suiker Unie e.a. c/ Commission*, aff. jtes. 40 à 48, 50, 54 à 56, 111, 113 et 114/73, *Rec.* p. 1663 (pt 173), et jurisprudence ultérieure constante.

et toute concertation ou coordination faisant perdre à leur comportement sur le marché son individualité et le rendant collectif, est susceptible d'interdiction par le droit antitrust. L'action sur le marché doit demeurer individuelle et toutes coopérations pratiques et lignes d'action coordonnées substituées aux risques de la concurrence sont proscrites. Cette « *exigence d'autonomie s'oppose à toute prise de contact direct ou indirect entre des opérateurs économiques de nature soit à influencer le comportement sur le marché d'un concurrent actuel ou potentiel, soit à dévoiler à un tel concurrent le comportement que l'on est décidé à tenir soi-même sur le marché ou que l'on envisage d'adopter sur celui-ci* »⁶⁸².

171. La prohibition appréhende la collusion ou coordination sous des formes diverses et d'intensité différente. Si le terme d'entente évoque celui d'accord, il ne se réduit pas à cette forme matérialisée du concours de volonté. S'entendre implique de renoncer à l'adoption d'un comportement autonome sur le marché pertinent et requiert une intention créatrice. Trois formes de collusion peuvent, alternativement, être constatées afin qu'une restriction de concurrence mise en œuvre par les entreprises concernées soit sanctionnée en application de l'article 101 TFUE : un accord entre deux ou plusieurs entreprises ; une action concertée entre deux ou plusieurs entreprises ; une décision d'association d'entreprises.

Un accord existe lorsqu'au moins deux entreprises ont « *exprimé leur volonté commune de se comporter sur le marché d'une manière déterminée* »⁶⁸³, quelle que soit la forme de cette expression de volonté commune, expresse ou tacite. Si une mesure véritablement unilatérale échappe à l'interdiction de l'article 101,

⁶⁸² V., notamment, CJCE, 23 novembre 2006, *Asnef-Equifax*, aff. C-238/05, *Rec.* p. I-11125 (pt 52), à propos d'accord d'échange d'information. Déjà dans l'arrêt *Suiker Unie* (préc.), la Cour de justice avait indiqué que, « [s]'il est exact que cette exigence d'autonomie n'exclut pas le droit des opérateurs économiques de s'adapter intelligemment au comportement constaté ou à escompter de leurs concurrents, elle s'oppose cependant rigoureusement à toute prise de contact directe ou indirecte entre de tels opérateurs, ayant pour objet ou pour effet, soit d'influencer le comportement sur le marché d'un concurrent actuel ou potentiel, soit de dévoiler à un tel concurrent le comportement que l'on est décidé à, ou que l'on envisage de, tenir soi-même sur le marché » (pt 174).

⁶⁸³ V., notamment, TPICE, 24 octobre 1991, *Rhône-Poulenc c/ Commission*, aff. T-1/89, *Rec.* p. II-867 (pt 120) et, antérieurement, CJCE, 15 juillet 1970, *Chemiefarma c/ Commission*, aff. 41/69, *Rec.* p. 661 (pt 112) ; dernièrement, par exemple, Trib.UE, 16 juin 2011, *Solvay c/ Commission*, aff. T-186/06, préc. (pt 55).

paragraphe 1, TFUE, une mesure apparemment unilatérale qui reçoit l'acquiescement, au moins tacite, d'une autre entreprise, relève de cette prohibition⁶⁸⁴.

L'action concertée est une forme de coordination moins achevée, plus diluée, qui, dépassant le simple parallélisme de comportement sans atteindre la rencontre formelle des volontés, « *substitue sciemment une coopération pratique [...] aux risques de la concurrence* »⁶⁸⁵. Une volonté commune des participants à la pratique concertée, portant sur cette pratique, mais pas nécessairement sur son but, est nécessaire.

Si, de prime abord, la décision d'association d'entreprises semble unilatérale, elle est en réalité collective puisqu'elle exprime la volonté des membres de l'association. L'association « *crystallise par ses décisions les relations établies* »⁶⁸⁶ entre les entreprises qui en sont membres⁶⁸⁷ et ses décisions constituent « *[d]es formes institutionnalisées de coopération, c'est-à-dire [d]es situations où les opérateurs économiques agissent par l'intermédiaire d'une structure collective ou d'un organe commun* »⁶⁸⁸.

Dans les trois formes juridiques de concertation, une rencontre de volontés est nécessaire à la formation de l'entente : volonté d'adopter un comportement déterminé sur le marché ; volonté ou conscience de suivre une conduite commune sur le marché ; volonté collective des membres de l'association qui adopte un comportement restrictif.

2° Une disparition entre les entreprises constituant l'entité collective

172. La préoccupation pour la préservation de l'autonomie d'action sur le marché justifie aussi la soumission au droit antitrust des comportements des *entités collectives*. Si l'article 102 TFUE vise principalement les pratiques unilatérales des

⁶⁸⁴ V., en dernier lieu, TPICE, 9 juillet 2009, *Peugeot et Peugeot Nederland c/ Commission*, aff. T-450/05, *Rec.* p. II-2533 (pts 172-173).

⁶⁸⁵ V., pour la première fois, CJCE, 16 décembre 1975, *Suiker Unie e.a. c/ Commission*, aff. jtes. 40 à 48, 50, 54 à 56, 111, 113 et 114/73, *préc.* (pt 26) ; et plus récemment, par exemple : TPICE, 5 avril 2006, *Degussa c/ Commission*, aff. T-279/02, *Rec.* p. II-897 (pt 132) ; Trib.UE, 16 juin 2011, *Bavaria c/ Commission*, aff. T-235/07, *Rec.* p. II-3229 (pt 36).

⁶⁸⁶ Marie-Anne FRISON-ROCHE et Marie-Stéphane PAYET, *Droit de la concurrence*, 1^{ère} éd., *op. cit.* ; ici p. 154, n° 163.

⁶⁸⁷ Une association peut agir soit en qualité d'association d'entreprises (et ses décisions seront alors appréhendées par le droit antitrust en cette qualité), soit en qualité d'entreprise lorsqu'elle agit pour elle-même : en effet, de même que la notion d'entreprise, celle d'association d'entreprises est fonctionnelle : v., à cet égard, Richard WISH et David BAILEY, *Competition Law*, 7^{ème} éd., Oxford University Press, 2012, 1015 p. ; spéc. p. 92.

⁶⁸⁸ Trib.UE, 24 mai 2012, *MasterCard e.a. c/ Commission*, aff. T-111/08, non encore publié au *Rec.* (pt 243).

entreprises occupant seule une position particulière sur le marché, elle appréhende également une forme de comportement collectif : l'abus d'une position dominante détenue par une *entité collective*⁶⁸⁹. La notion, distincte de celle d'*entité économique* – qui permet d'appréhender les groupes de sociétés –, permet de viser des entités économiques autonomes qui, en réalité, « *se présentent ou agissent ensemble sur un marché spécifique, comme une entité collective* »⁶⁹⁰. Les entreprises formant l'entité collective ont ainsi renoncé à leur autonomie de comportement.

Deux situations doivent être distinguées : celle où tous les membres de l'entité collective détenant une position dominante (ou au moins plusieurs d'entre eux) en abusent (tous sont *auteurs* de l'abus qui, dès lors, constitue une pratique collective) ; et celle où seul l'un des membres de l'entité collective abuse de la position dominante collective (l'abus est alors une pratique individuelle)⁶⁹¹.

173. L'existence d'une entité collective, qui peut être formée de deux ou plusieurs entreprises se trouvant soit dans une position horizontale, soit dans une relation verticale, découle de l'existence de « *liens économiques* » entre les entreprises concernées ou de « *facteurs de corrélation économiques* », qui leur permettent d'adopter une même ligne d'action sur le marché.

L'entité collective peut résulter de liens structurels ou institutionnels – par exemple entre les membres d'un groupe de sociétés constituant chacune une entité économique distincte, se trouvant dans une relation verticale – doublés de liens économiques⁶⁹². Elle peut être constatée en présence d'un accord, d'une décision d'association d'entreprises, voire d'une pratique concertée, lorsque leur mise en œuvre rend les entreprises concernées liées quant à leur comportement sur le marché de telle manière

⁶⁸⁹ L'article 102 TFUE concernant « *le fait pour une ou plusieurs entreprises d'exploiter de façon abusive une position dominante* » (soulignement ajouté).

⁶⁹⁰ CJCE, 16 mars 2000, *Compagnie maritime belge transports SA e.a. c/ Commission*, aff. jtes. C-395/96 P et C-396/96 P, *Rec. p. I-1365* (pt 36).

⁶⁹¹ TPICE, 7 octobre 1999, *Irish Sugar c/ Commission*, aff. T-228/97, *Rec. p. II-2969* : « *l'abus ne doit pas nécessairement être le fait de toutes les entreprises en question. Il doit seulement pouvoir être identifié comme l'une des manifestations de la détention d'une telle position dominante collective. Par conséquent, des entreprises occupant une position dominante collective peuvent avoir des comportements abusifs communs ou individuels* » (pt 66).

⁶⁹² TPICE, 7 octobre 1999, *Irish Sugar plc c/ Commission*, préc. (v. pts 46, 51 et 63).

qu'elles se présentent comme une entité collective à l'égard des tiers⁶⁹³. Ainsi, contrairement aux avocats⁶⁹⁴, les conférences maritimes sont-elles susceptibles, par leur nature et au regard de leurs objectifs, d'être qualifiées d'entité collective⁶⁹⁵.

En l'absence de tels *liens*⁶⁹⁶, une entité collective peut résulter d'autres *facteurs de corrélation* relatifs à la structure du marché⁶⁹⁷ et, ainsi, être caractérisée en situation d'oligopole⁶⁹⁸ en présence de trois conditions dégagées par le Tribunal⁶⁹⁹, puis reformulées par la Cour de justice en critères devant être appréciés d'une manière concrète et globale, et non pas isolée et abstraite⁷⁰⁰.

⁶⁹³ V. CJCE, 16 mars 2000, *Compagnie maritime belge transports SA e.a. c/ Commission*, préc. (pt 44) : « la seule circonstance que deux ou plusieurs entreprises soient liées par un accord, par une décision d'associations d'entreprises ou par une pratique concertée, au sens de l'article 85, paragraphe 1, du traité, ne saurait constituer, en soi, une base suffisante pour une telle constatation » (pt 43).

⁶⁹⁴ Les « *liens structurels* » existant entre les avocats inscrits à un même barreau sont insuffisants pour qu'ils puissent être considérés comme constituant une entité collective : CJCE, 19 février 2002, *Wouters e.a.*, aff. C-309/99, *Rec.* p. I-1577 (pt 114).

⁶⁹⁵ CJCE, 16 mars 2000, *Compagnie maritime belge transports SA e.a. c/ Commission*, préc. (pt 48) ; et également, TPICE, 30 septembre 2003, *Atlantic Container Line e.a. c/ Commission*, aff. jtes T-191/98, T-212/98 à T-214/98, *Rec.* p. II-3275 (pt 601).

⁶⁹⁶ La Cour a récemment explicitement indiqué que « l'existence d'un accord ou d'autres liens juridiques entre les entreprises concernées n'est pas indispensable à la constatation d'une position dominante collective » : CJCE, 10 juillet 2008, *Bertelsmann AG*, aff. C-413/06 P, *Rec.* p. I-4951 (pt 119).

⁶⁹⁷ V., pour la distinction entre l'entité collective résultant de liens structurels ou d'accords et celle rendue possible par la structure du marché, Jean-Bernard BLAISE, *Droit des affaires, Commerçants, Concurrence, Distribution*, 6^{ème} éd., *op. cit.* ; spéc. p. 468 ; v., également, Anne PERROT, « La position dominante collective », *Concurrences*, n° 3-2011.

⁶⁹⁸ Situation dans laquelle un nombre très limité de vendeurs opèrent sur le marché en cause : v. Commission européenne, *Glossaire des termes employés dans le domaine de la politique de concurrence de l'Union européenne*, juillet 2002.

⁶⁹⁹ Ces conditions, initialement formulées en matière de concentration dans l'arrêt *Airtours c/ Commission* (TPICE, 6 juin 2002, aff. T-342/99, *Rec.* p. II-2585, pt 62), sont énoncées de la manière suivante par le Tribunal en matière antitrust dans l'arrêt *EFIM c/ Commission* (TPICE, 24 novembre 2011, aff. T-296/09, *Rec.* p. II-425 (publication sommaire) : « premièrement, chaque membre de l'oligopole dominant doit pouvoir connaître le comportement des autres membres, afin de vérifier s'ils adoptent ou non la même ligne d'action ; deuxièmement, il est nécessaire que la situation de coordination tacite puisse se maintenir dans la durée, c'est-à-dire qu'il doit exister une incitation à ne pas s'écarter de la ligne de conduite commune sur le marché ; troisièmement, la réaction prévisible des concurrents actuels et potentiels ainsi que des consommateurs ne remettrait pas en cause les résultats attendus de la ligne d'action commune » (pt 71 ; visant ses arrêts *Airtours c/ Commission*, préc., et *Piau c/ Commission*, 26 janvier 2005, aff. T-193/02, *Rec.* p. II-209, pt 111, et la jurisprudence citée). Dans l'arrêt *Piau*, ces conditions furent considérées réunies dans le cas de clubs de football, « instances [qui] apparaissent durablement liées quant à leurs comportements par des règles qu'elles acceptent et que les autres acteurs (joueurs et agents de joueurs) ne peuvent contrer à peine de sanction... » : TPICE, 26 janvier 2005, *Piau c/ Commission*, préc. (pt 115).

⁷⁰⁰ En matière de concentration, la Cour explique que « dans le cadre de l'application [des] critères, il y a lieu d'éviter une démarche mécanique consistant à vérifier séparément chacun desdits critères pris isolément, en ignorant le mécanisme économique global d'une hypothétique coordination tacite » : CJCE, 10 juillet 2008, *Bertelsmann AG*, aff. C-413/06 P, *Rec.* p. I-4951 (pt 125 ; critères exposés aux pts 122-123).

B. L'exercice d'un pouvoir de marché minimal

174. Le droit antitrust vise les comportements d'entreprises qui affectent de manière sensible la concurrence sur le marché en cause et/ou sur un marché distinct voisin. Un tel effet sensible, présumé ou concrètement vérifié, ne devrait pouvoir survenir que si les entreprises concernées détiennent un certain pouvoir de marché. À défaut, leur comportement aussi abstraitement répréhensible soit-il, ne pourrait avoir une incidence nocive significative sur la concurrence⁷⁰¹.

Concept économique « *situé au centre de l'évaluation économique des questions de politique de concurrence* »⁷⁰², le pouvoir de marché peut être défini comme « *la capacité de maintenir les prix à un niveau supérieur à celui de prix compétitifs, ou de maintenir la production en termes de quantité, de qualité et de variété des produits ainsi que d'innovation à un niveau inférieur à ce que devrait être une production compétitive, et ce pendant une période non négligeable* »⁷⁰³. Et si « *la délimitation du marché pertinent en termes de produit et d'aire géographique, ainsi que le calcul des parts de marché détenues par les différentes entreprises qui opèrent sur ce marché, constituent le point de départ de toute appréciation d'une situation au regard du droit de la concurrence* »⁷⁰⁴, c'est parce que le premier (le marché) est l'espace dans

⁷⁰¹ V., à cet égard, et sur le *pouvoir de marché* en droit antitrust européen en général : Luis Ortiz BLANCO, *Market Power in EU Antitrust Law*, Oxford, Hart Publishing, 2012, 310 p. (spéc. p. v-vi et p. 280). V., également, Simon BISHOP et Mike WALKER, *The Economics of EC Competition Law : Concepts, Application and Measurement*, 3^{ème} éd., Londres, Sweet & Maxwell, 2010, 793 p., spéc. Chapter 3 - The Assessment of Market Power, p. 51-106.

⁷⁰² Simon BISHOP et Mike WALKER, *The Economics of EC Competition Law : Concepts, Application and Measurement*, 3^{ème} éd., *op. cit.* ; ici p. 51, traduction libre de : « *The economic concept of market power [...] lies at the center of the economic assessment of competition policy issues* ».

⁷⁰³ Comm. eur., *Lignes directrices sur les restrictions verticales* (2010), préc. (paragraphe 97). La Commission avait déjà similairement défini le pouvoir de marché en 2004 dans ses *Lignes directrices concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3, du traité*, JOUE C 101, 27 avril 2004, p. 97 (paragraphe 25) et en propose une définition similaire dans ses *Lignes directrices sur l'applicabilité de l'article 101 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne aux accords de coopération horizontale*, JOUE C 11, 14 janvier 2011, p. 1 (paragraphe 39). V., également, la définition qui en est donnée par les *Orientations sur les priorités retenues par la Commission pour l'application de l'article 82 du traité CE aux pratiques d'éviction abusives des entreprises dominantes*, JOUE C 45, 24 février 2009, p. 7 (paragraphe 11) ; et, antérieurement, celle qui était proposée par la Commission dans son *Glossaire des termes employés dans le domaine de la politique de concurrence de l'Union européenne*, juillet 2002.

⁷⁰⁴ CJCE, 17 février 2005, *Viacom Outdoor Srl*, aff. C-134/03, *Rec.* p. I-1167 (pt 27).

lequel le pouvoir de marché est mesuré⁷⁰⁵ et les secondes (les parts de marché) sont le principal – mais par l’unique – indice d’un tel pouvoir.

175. La vérification de l’existence d’un pouvoir de marché minimal est quasi-générale en matière antitrust. Les situations dans lesquelles il ne l’est pas sont rares et concernent des cas de nocivité évidente des restrictions en cause (en matière de cartels notamment). Si l’article 102 TFUE est le cadre principal d’application du concept de pouvoir de marché, il n’en monopolise pas l’utilisation. En effet, toute analyse concurrentielle repose, en principe, sur l’évaluation du ou des pouvoirs de marché en présence sur le marché en cause⁷⁰⁶. Ainsi l’article 102 TFUE ne sanctionne-t-il que le comportement d’entreprises jouissant d’un pouvoir de marché prépondérant (1°), la détention d’une position dominante étant l’un des deux éléments constitutifs de l’infraction. En matière d’entente, si la vérification n’est pas systématique, plusieurs situations témoignent de la nécessité d’un pouvoir de marché significatif (2°).

1° Le pouvoir de marché prépondérant de l’entreprise dominante

176. Toute application de l’article 102 TFUE débute par la détermination de l’existence d’une position dominante, autrement dit d’un pouvoir de marché prépondérant. Cette disposition est le cadre premier d’application du concept de pouvoir de marché en matière antitrust. Certains comportements sont considérés abusifs lorsqu’ils sont le fait d’entreprises détenant, sur le marché pertinent, une position dominante, autrement dit un degré important de pouvoir de marché⁷⁰⁷. C’est ce pouvoir, par son ampleur, qui confère à son détenteur individuellement, ou à ses

⁷⁰⁵ La Commission explique que « *la définition du marché permet entre autres de calculer les parts de marché, qui apportent des informations utiles concernant le pouvoir de marché pour l’appréciation d’une position dominante ou pour l’application de l’article 85 du traité* » (Comm. eur., *Communication sur la définition du marché en cause*, préc., paragraphe 2). Sur le rôle de la part de marché en matière de concurrence, v. Alexandre VANDENCASTEELE, « La part de marché est-elle la clé de voûte du droit européen de la concurrence », in : *Mélanges en hommage à Michel Waelbroeck*, vol. II, Bruylant, Bruxelles, 1999, p. 1561-1587.

⁷⁰⁶ Luc PEEPERKORN et Kirti MEHTA, « Chapter 1: The Economics of Competition », in : Jonathan FAULL et Ali NIKPAY (éds.), *The EC Law of Competition*, 1^{ère} éd., New-York, Oxford University Press, 1999, 961 p. ; spéc. p. 43.

⁷⁰⁷ Des économistes font un lien entre le concept juridique de dominance et le concept économique de pouvoir de marché substantiel : v. Adrian MAJUMDAR, « Whither Dominance ? », *ECLR*, 2006, p. 161-165 ; spéc. p. 163, visant l’ouvrage de Simon BISHOP et Mike WALKER, *The Economics of EC Competition Law : Concepts, Application and Measurement*, 2^{ème} éd., Londres, Sweet and Maxwell, 2002.

possesseurs collectivement, une position dite dominante sur le marché en cause. Aucune mise en œuvre de l'article 102 TFUE ne peut être envisagée sans la constatation, dans le chef d'une seule entreprise ou d'une entité collective, d'un tel pouvoir sur le marché pertinent préalablement défini.

En l'absence de toute définition dans le traité, il revint à la jurisprudence de définir la notion de position dominante. Qu'elle soit l'attribut d'une seule entreprise ou celui d'une entité collective, la position dominante est « *une situation de puissance économique [...] qui [...] donne le pouvoir de faire obstacle au maintien d'une concurrence effective sur le marché en cause en [...] fournissant la possibilité de comportements indépendants dans une mesure appréciable vis-à-vis [des] concurrents, [des] clients, et, finalement, des consommateurs* »⁷⁰⁸. Plus synthétiquement, c'est une « *indépendance globale de comportement* », une « *capacité d'action autonome* », « *une autonomie de la stratégie de marché* »⁷⁰⁹. Elle n'implique pas nécessairement la capacité de décider les conditions de concurrence, mais au moins celle de les influencer⁷¹⁰. Pour autant, ce n'est pas une absence de concurrence effective sur le marché⁷¹¹. La position de l'entreprise dominante ne doit pas être telle que les concurrents sur le marché pertinent puissent être éliminés. D'ailleurs, la circonstance que ses concurrents seraient en expansion ne saurait exclure, *ipso facto*, que l'entreprise considérée puisse être dominante⁷¹².

Ainsi la domination est-elle un pouvoir d'agir sur un marché. Elle suppose un pouvoir de marché d'une certaine ampleur, un pouvoir de marché prépondérant ou prédominant. Active, la domination permet d'influer sur la situation des autres entreprises présentes sur le marché ; passive, elle met l'entreprise à l'abri d'influences extérieures⁷¹³.

⁷⁰⁸ Formule constamment reprise dans la jurisprudence européenne depuis CJCE, 13 février 1979, *Hoffmann-La Roche c/ Commission*, aff. 85/76, *Rec.* p. 461 (pt 38).

⁷⁰⁹ Berthold GOLDMAN, Antoine LYON-CAEN et Louis VOGEL, *Droit commercial européen*, 5^{ème} éd., Paris, Précis, Dalloz, 1994, 835 p. ; ici p. 410-412.

⁷¹⁰ CJCE, 13 février 1979, *Hoffmann-La Roche c/ Commission*, aff. 85/76, préc. (pt 39).

⁷¹¹ Berthold GOLDMAN, Antoine LYON-CAEN et Louis VOGEL, *Droit commercial européen*, 5^{ème} éd., *op. cit.* ; spéc. p. 411-412.

⁷¹² TPICE, 17 décembre 2003, *British Airways plc c/ Commission*, aff. T-219/99, *Rec.* p. II-5917 (pt 223).

⁷¹³ Louis VOGEL, *Traité de droit des affaires G. Ripert / R. Roblot*, Michel GERMAIN (dir.), tome 1, vol. 1, *Du droit commercial au droit économique*, 19^{ème} éd., Paris, LGDJ, 2010, 1242 p. ; spéc. p. 920.

177. Plusieurs facteurs permettent d'apprécier l'existence d'une position dominante en mesurant les contraintes auxquelles l'entreprise en cause est confrontée : la position sur le marché de l'entreprise dominante et de ses concurrents (contrainte actuelle des concurrents), les possibilités d'entrée de nouveaux concurrents ou d'expansion des actuels (contrainte future des concurrents) et la puissance de négociation des clients (contrainte des clients)⁷¹⁴.

Pour se trouver en situation de domination sur un marché, une entreprise doit contrôler une portion significative de celui-ci. Car, si elle n'est qu'un facteur de la domination, une importante part de marché est indispensable et, lorsqu'elle est d'une « *grande ampleur* », elle peut être « *hautement significative* » du pouvoir de domination⁷¹⁵. Elle est d'ailleurs suffisante lorsqu'elle est maximale. Ainsi une entreprise détentrice d'un monopole de droit⁷¹⁶ ou de fait⁷¹⁷ est-elle dominante en raison de cette seule circonstance. Une telle part de marché est également concluante par elle-même, sauf circonstances exceptionnelles, lorsqu'elle est extrêmement importante⁷¹⁸. À l'inverse, une part de marché négligeable semble exclure toute

Dans ses *Orientations sur les pratiques d'éviction abusives*, préc., la Commission reprend la définition jurisprudentielle de la domination et explique que l'indépendance de comportement est liée à une pression concurrentielle sur l'entreprise dominante insuffisamment efficace, ce dont il résulte qu'elle détient un pouvoir de marché substantiel et durable. Elle explique qu'elle considère qu'« *une entreprise capable d'augmenter les prix rentablement au-delà du niveau concurrentiel pendant une longue période ne subit pas de pressions concurrentielles effectives et peut donc, d'une manière générale, être considérée comme dominante* » (paragraphe 11). Elle fait ainsi écho à une fréquente définition (économique) du pouvoir de marché : v. Luc PEEPERKORN et Vincent VEROUDEN, « Chapter 1 - The Economics of Competition », in : Jonathan FAULL et Ali NIKPAY (éds.), *The EC Law of Competition*, 2^{ème} éd., New-York, Oxford University Press, 2007, 1844 p., p. 3-85 ; spéc. p. 54.

⁷¹⁴ Comm. eur., *Orientations sur les pratiques d'éviction abusives*, préc. (paragraphe 12 et s.).

⁷¹⁵ CJCE, 13 février 1979, *Hoffmann-La Roche c/ Commission*, aff. 85/76, préc. (pt 39).

⁷¹⁶ V. CJCE, 13 novembre 1975, *General Motors c/ Commission*, aff. 26/75, *Rec.* p. 1367 (pt 9).

⁷¹⁷ V., par exemple, décision n° 71/224/CEE de la Commission, du 2 juin 1971, relative à une procédure d'application de l'article 86 du traité CEE (IV/26760 – *GEMA*), *JOCE* L 134, 20 juin 1971, p. 15 ; spéc. p. 21.

⁷¹⁸ CJCE, 13 février 1979, *Hoffmann-La Roche c/ Commission*, aff. 85/76, préc. (pt 41). Pour une vaine tentative de renversement de la présomption attachée à une part de marché extrêmement importante, v. TPICE, 7 octobre 1999, *Irish Sugar c/ Commission*, aff. T-228/97, préc. (pts 72 à 104).

domination⁷¹⁹. Ainsi une part de marché minimale est-elle un facteur nécessaire à la conclusion de domination du marché par l'entreprise considérée sans être, sauf exception, suffisante.

Lorsqu'une entreprise détient une part de marché qui, sans être d'une ampleur à elle seule concluante, n'est pas négligeable, d'autres facteurs ou indices doivent être appréciés pour conclure à l'existence d'une position dominante⁷²⁰.

Est certainement importante une part de marché qui dépasse, pendant dix ans, quatre-vingt-dix pour cent (90 %) : TPICE, 7 octobre 1999, *Irish Sugar c/ Commission*, aff. T-228/97, préc. (pts 70-72). Dans l'arrêt *Akzo*, la Cour de justice, tout en relevant d'autres éléments, a jugé déterminante une part de marché de cinquante pour cent (50%) sur une période triennale : CJCE, 3 juillet 1991, *Akzo Chemie BV c/ Commission*, aff. C-62/86, préc. (v. pts 60 et 61). Plus récemment, dans l'affaire *TACA*, le Tribunal a constaté « qu'une part de marché de 56% demeure encore une part de marché extrêmement importante qui [...] constitue par elle-même, sauf circonstances exceptionnelles, la preuve de l'existence d'une position dominante », en l'occurrence collective : TPICE, 30 septembre 2003, *Atlantic Container Line e.a. c/ Commission*, préc. (pt 913). Pour apprécier la domination, le facteur temps, souligné dans l'arrêt *Hoffmann-La Roche* (CJCE, 13 février 1979, aff. 85/76, préc. ; pt 41), est d'une importance considérable (v. Comm. eur., *Orientations sur les pratiques d'éviction abusives*, préc., paragraphe 15). La maturité du marché et la stabilité de la part de marché sont aussi pertinentes. Un tel maintien n'est cependant pas déterminant et pourra être écarté puisqu'il peut « tout aussi bien être la conséquence d'une attitude concurrentielle efficace que d'une position assurant à l'entreprise une possibilité de comportement indépendant » : CJCE, 13 février 1979, *Hoffmann-La Roche c/ Commission*, aff. 85/76, préc. (pt 44).

⁷¹⁹ Ainsi, dans l'arrêt *United Brands*, la Cour de justice a-t-elle énoncé qu'un « opérateur ne saurait détenir une position dominante sur le marché que s'il est parvenu à disposer d'une partie non négligeable de ce marché » : CJCE, 14 février 1979, *United Brands c/ Commission*, aff. 27/76, préc. (pt 107) ; n'était pas négligeable, dans le cas d'espèce, une part de marché toujours supérieure à 40% et se rapprochant de 45%. Dans les arrêts *Metro*, la Cour de justice a considéré négligeable, sauf circonstances particulières, une part de marché inférieure à 10% : CJCE, 25 octobre 1977, *Metro c/ Commission*, aff. 26/76, *Rec.* p. 1875 (pt 17) ; CJCE, 22 octobre 1986, *Metro c/ Commission*, aff. 75/84, *Rec.* p. 3021 (pt 85). Le seuil minimum peut être considéré voisin de 25%. V., à cet égard, Carles ESTEVA MOSSO, Stephen A. RYAN, Svend ALBAEK et Maria Luisa TIerno CENTELLA, « Chapter 4 : Article 82 », in : Jonathan FAULL et Ali NIKPAY (éds.), *The EC Law of Competition*, 2^{ème} éd., *op. cit.* ; spéc. p. 325. Cependant, dans son X^{ème} Rapport sur la politique de concurrence (1980), la Commission n'a pas exclu qu'une position dominante puisse être constatée pour une part de marché variant entre 20 et 40% (v. note 4, p. 111). Dans ses *Orientations sur les pratiques d'éviction abusives*, préc., la Commission indique que « des parts de marché modestes sont généralement un bon indicateur de l'absence d'un fort pouvoir de marché » et qu'« elle sait d'expérience que si la part de marché de l'entreprise représente moins de 40% du marché en cause, il est peu probable qu'elle s'y trouve en position dominante », sans exclure qu'elle puisse occuper une telle position avec une part de marché inférieure (paragraphe 14).

⁷²⁰ D'ailleurs, la Commission indique dans ses *Orientations sur les pratiques d'évictions abusives*, préc. (paragraphe 16 à 18), qu'en général elle ne tirera pas de conclusion finale sur la seule base des parts de marché. Quant aux facteurs relatifs à la contrainte future des concurrents (expansion ou entrée), ils permettent de prendre en compte l'aspect dynamique du processus concurrentiel. La Commission vérifie si l'expansion ou l'entrée de concurrents sont probables, intervenues en temps utile et suffisantes et étudie les barrières à l'expansion ou à l'entrée variées. Quant à la pression concurrentielle exercée par les clients, elle estime qu'une puissance d'achat compensatrice peut empêcher toute tentative de l'entreprise en question d'augmenter rentablement les prix, excluant ainsi qu'elle soit dominante.

Enfin, dès lors qu'une entreprise jouit d'une telle puissance économique sur un marché déterminé, sa conduite est appréciable au regard de l'article 102 TFUE. La circonstance qu'une entreprise soit en position de superdominance ou quasi monopolistique est indifférente quant à l'applicabilité de cette disposition. Le degré de pouvoir de marché d'une entreprise n'a pas d'incidence sur l'existence d'un abus et n'a de conséquences que sur la portée des effets de sa conduite⁷²¹.

2° Le pouvoir de marché significatif des parties à l'entente

178. En matière d'ententes, parallèlement à la définition du marché, le pouvoir de marché a joué et joue un rôle *a priori* différent et, en apparence et pendant longtemps, moins systématique qu'en matière d'exploitation abusive de position dominante. Le pouvoir de marché n'est pas « *facteur de qualification des comportements anticoncurrentiels* » (comme pour l'application de l'article 102 TFUE), mais « *facteur de qualification des effets anticoncurrentiels* »⁷²². En matière d'entente, s'il ne participe pas à la qualification d'une collusion, le pouvoir de marché intervient cependant dans la constatation d'une restriction de concurrence, second élément constitutif de l'infraction. L'adoption d'une approche économique à la fin des années 1990 a renforcé le rôle du pouvoir de marché dans ce domaine.

179. Toutefois, la vérification préalable d'un pouvoir de marché minimal n'est pas systématique en matière d'ententes. Elle est inutile pour les cartels. Elle l'est aussi pour les restrictions si flagrantes qu'elles sont proscrites sans considération pour la puissance de marché de leurs auteurs, voire pour toutes les restrictions de

Selon le Tribunal, une réduction de part de marché de 46 à 39 % en 6 ans « *ne peut, en elle-même, constituer la preuve de l'absence de position dominante* » lorsque la position reste largement prépondérante et qu'un « *écart substantiel s'est maintenu, pendant toute la durée de l'infraction* » entre les parts de marché de l'opérateur dominant et celle de son concurrent immédiat comme celles cumulées de ses cinq principaux concurrents : TPICE, 17 décembre 2003, *British Airways plc c/ Commission*, préc. (pt 224).

⁷²¹ CJUE, 17 février 2011, *TeliaSonera Sverige AB*, préc. (pts 80 et 81).

⁷²² Louis VOGEL, *Droit de la concurrence et concentration économique, Étude comparative*, Économica, Paris, 1988, 427 p. ; ici p. 31-33.

concurrence par objet, désormais présumées sensibles en toutes circonstances⁷²³.

La collusion entre entreprises n'est proscrite que si elle comporte une ou plusieurs restrictions sensibles. Hors des cas où il est présumé sensible, un tel effet sur la concurrence ne pourra être significatif que si les entreprises concernées possèdent un certain pouvoir de marché⁷²⁴. Certes, le degré de pouvoir de marché requis pour constater une infraction par effet à l'article 101 TFUE est moindre que celui, élevé, requis pour la constatation d'une position dominante. Toutefois, en dessous d'un certain niveau minimal de pouvoir de marché, l'entente est considérée, sauf exception, comme n'ayant pas d'effets sensibles sur le marché⁷²⁵.

Dans la communication sur les ententes *de minimis*, ce seuil minimal de puissance économique est exprimé par la seule part de marché des entreprises parties à la collusion⁷²⁶. La Commission estime qu'en deçà du niveau défini de part de marché, les comportements en cause ne sont pas susceptibles de provoquer, sur la concurrence, un effet sensible. Ce niveau varie selon que l'accord intervient entre concurrents (10%) ou entre non concurrents (15%)⁷²⁷. La force de cette présomption, qui ne vaut qu'à l'égard de la Commission et ne lie ni les juridictions

⁷²³ CJUE, 13 décembre 2012, *Expedia Inc. c/ Autorité de la concurrence e.a.*, aff. C-226/11, préc. Comme indiqué *supra* en note de bas de page n° 619, la Cour affirme qu'« [i]l y a donc lieu de considérer qu'un accord susceptible d'affecter le commerce entre États membres et ayant un objet anticoncurrentiel constitue, par sa nature et indépendamment de tout effet concret de celui-ci, une restriction sensible du jeu de la concurrence » (pt 37).

⁷²⁴ V. Comm. eur., *Lignes directrices concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3, du traité*, JOUE C 101, 27 avril 2004, p. 97 : « Des effets défavorables sur la concurrence sont susceptibles de se produire sur le marché en cause quand les parties, individuellement ou conjointement, possèdent ou obtiennent un certain pouvoir de marché et que l'accord contribue à la création, au maintien ou au renforcement de ce pouvoir ou permet aux parties de l'exploiter » (paragraphe 25) ; et aussi, Comm. eur., *Lignes directrices sur les restrictions verticales*, JOUE C 130, 19 mai 2010, p. 1 : « Pour la plupart des restrictions verticales, les problèmes de concurrence ne se posent que lorsque la concurrence est insuffisante à un ou plusieurs stades du commerce, c'est-à-dire lorsqu'il existe un certain pouvoir de marché au niveau du fournisseur, à celui de l'acheteur ou à ces deux niveaux » (paragraphe 6). V., également, Luc PEEPERKORN et Kirti MEHTA, « Chapter 1 - The Economics of Competition », préc. ; spéc. p. 43.

⁷²⁵ Dans l'arrêt du 9 juillet 1969, *Volk c/ Vervaecke*, aff. 5/69, Rec. p. 295, la Cour de justice explique qu'« un accord échappe à la prohibition de l'article 85 lorsqu'il n'affecte le marché que d'une manière insignifiante, compte tenu de la faible position qu'occupent les intéressés sur le marché des produits en cause » (pt 7).

⁷²⁶ Comm. eur., *Communication concernant les accords d'importance mineure qui ne restreignent pas sensiblement le jeu de la concurrence au sens de l'article 81, paragraphe 1, du traité instituant la Communauté européenne (de minimis)*, JOCE C 368, 22 décembre 2001, p. 13.

⁷²⁷ La Commission substitue cette distinction à l'ancienne opposition entre accords horizontaux et accords verticaux ; elle procède également à une élévation des seuils de parts de marché qui passent de 5% pour les accords horizontaux et 10% pour les accords verticaux à, respectivement, 10% pour les accords entre concurrents (parts de marché cumulées) et 15% pour les accords entre non concurrents (chacune des parties ne doit pas détenir plus de 15%) ; v. Laurence IDOT, *Europe*, février 2002, n° 61, p. 24.

communautaires, ni les autorités et juridictions nationales⁷²⁸, est assez faible. La quantification du caractère sensible n'a qu'une valeur indicative. Un accord conclu entre des entreprises qui dépassent les seuils indiqués ne restreint pas nécessairement sensiblement le jeu de la concurrence⁷²⁹. Inversement, un accord entre des entreprises aux parts de marchés inférieures auxdits seuils peut, néanmoins, restreindre sensiblement ce jeu, en raison du degré de concentration du marché sur lequel l'accord produit ses effets⁷³⁰. De même tel un accord sera restrictif nonobstant l'insensibilité de ses propres effets, au motif qu'il s'insère dans un ensemble de contrats similaires qui produisent, compte tenu du contexte économique et juridique dans lequel ils s'inscrivent, un effet de fermeture du marché, et qu'il contribue de manière significative à cet effet de blocage⁷³¹.

Certaines restrictions sont toujours proscrites, quel que soit le pouvoir de marché des parties à l'entente. Ainsi la présomption *de minimis* est-elle écartée en présence de « restrictions caractérisées », ou « restrictions flagrantes »⁷³², restrictions par objet pour lesquelles la concurrence est présumée sensiblement affectée quel que soit le

⁷²⁸ CJUE, 13 décembre 2012, *Expedia Inc. c/ Autorité de la concurrence e.a.*, aff. C-226/11, préc. (pts 28-29).

⁷²⁹ TPICE, 8 juin 1995, *Langnese-Iglo GmbH c/ Commission*, aff. T-7/93, *Rec.* p. II-1533 (pt 98) et TPICE, 8 juin 1995, *Shöller c/ Commission*, aff. T-9/93, *Rec.* p. II-1615 (pt 75).

⁷³⁰ Ainsi, dans l'affaire *Floral*, les exportations des trois entreprises concernées vers le marché en cause ne représentaient que 2% de ce dernier. En raison de sa structure oligopolistique, due à un nombre réduit de concurrent et à la position exceptionnelle détenue par les deux principaux concurrents, la coopération entre trois vendeurs, puissants sur un autre marché géographique, mais faibles sur le marché concerné, était capable d'influencer sensiblement les conditions du marché. Dans cette affaire, les membres de l'entente détenaient un véritable pouvoir de marché, permettant aux restrictions de concurrence de produire sur le marché un effet sensible (décision n° 80/182/CEE de la Commission, du 28 novembre 1979, relative à une procédure d'application de l'article 85 du traité CEE (IV/29.672 – *Floral*), *JOCE* L 39 du 15 février 1980, p. 51 ; spéc. p. 57).

⁷³¹ CJCE, 28 février 1991, *Sergio Delimitis c/ Henniger Bräu AG*, aff. C-234/89, *Rec.* p. I-935 (pts 19 à 27). Pour évaluer cette contribution, la position des parties à l'entente doit être prise en considération. Si elle ne dépend pas seulement de la part de marché des entreprises en cause, la Commission considère que « les fournisseurs ou distributeurs individuels dont la part de marché n'excède pas 5% ne contribuent en général pas d'une manière significative à un effet cumulatif de verrouillage » (Comm. eur., *Communication concernant les accords d'importance mineure*, préc., paragraphe 8).

⁷³² Dans les accords entre concurrents, la fixation des prix, la limitation de la production ou des ventes, la répartition des marchés ou des clients ; dans les accords entre non concurrents, la fixation des prix de revente, certaines restrictions territoriales ou de clientèle, les interdictions de ventes aux utilisateurs finals par un grossiste (Comm. eur., *Communication concernant les accords d'importance mineure*, préc., paragraphe 11).

pouvoir de marché dont jouissent les parties à la collusion⁷³³. En raison de la position de la Cour de justice dans l'arrêt *Expédia*⁷³⁴, elle devrait l'être également pour les autres restrictions par objet, dont la présomption de sensibilité pourrait, toutefois, être plus aisément réfutable.

180. Le pouvoir de marché joue également un rôle important dans l'exemption individuelle d'accords restrictifs par le jeu de l'exception légale. Les lignes directrices générales, concernant l'application de l'article 101, paragraphe 3, TFUE, ainsi que celles spéciales relatives aux accords de coopération horizontale⁷³⁵, font intervenir la notion de pouvoir de marché comme critère pour l'appréciation des effets que des accords sont susceptibles de produire sur les marchés en cause.

En matière de dérogation à la prohibition de l'article 101, paragraphe 1, TFUE, le pouvoir de marché – mesuré en parts de marché – est aussi utilisé pour déterminer l'applicabilité des présomptions réglementaires d'exemption des comportements collusifs restrictifs de concurrence. Ainsi le règlement d'exemption générale des ententes verticales⁷³⁶ explique-t-il que la probabilité que des gains d'efficience l'emportent sur les éventuels effets anticoncurrentiels de restrictions verticales dépend du pouvoir de marché des parties à l'accord. Il présume que, si la part de

⁷³³ Il n'existe pas de restrictions par objet par nature : ainsi, « en règle générale, les accords qui consistent à fixer les prix, à limiter la production ou à répartir les marchés ou les clients restreignent la concurrence par objet. Toutefois, dans le cadre des accords de production, tel n'est pas le cas » dans deux situations (Comm. eur., *Lignes directrices sur l'applicabilité de l'article 101 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne aux accords de coopération horizontale*, JOUE C 11, 14 janvier 2011, p. 1 ; paragraphe 160). Et la Cour de justice a-t-elle considéré qu' « un accord d'exclusivité même avec protection territoriale absolue, compte tenu de la faible position des intéressés sur le marché des produits en cause dans la zone faisant l'objet de la protection absolue, échappe à l'interdiction prévue à l'article 85, paragraphe 1 » : CJCE, 9 juillet 1969, *Volk c/ Vervaecke*, aff. 5/69, préc. (pt 7) ; v., plus récemment, Trib.UE, 22 mars 2011, *Altstoff Recycling Austria c/ Commission*, aff. T-419/03, Rec. p. II-975 (pt 56).

⁷³⁴ CJUE, 13 décembre 2012, *Expedia Inc. c/ Autorité de la concurrence e.a.*, aff. C-226/11, préc.

⁷³⁵ V. les lignes directrices adoptées en 2001 et celles qui les ont remplacées en 2011, qui présentent le pouvoir de marché comme un critère économique, parmi d'autres, pour l'appréciation des effets d'une coopération et soulignent que son renforcement est l'un des problèmes de concurrence que peut provoquer une coopération horizontale : v. paragraphes 3 et 5 des *Lignes directrices sur l'applicabilité de l'article 101 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne aux accords de coopération horizontale*, préc. ; et paragraphes 2 et 7 des *Lignes directrices sur l'applicabilité de l'article 81 du traité CE aux accords de coopération horizontale*, JOCE C 3, 6 janvier 2001, p. 3.

⁷³⁶ Règlement (UE) n° 330/2010 de la Commission, du 20 avril 2010, concernant l'application de l'article 101, paragraphe 3, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées, JOUE L 102, 23 avril 2010, p. 1 (considérants n° 7 et 8 et article 3).

marché des parties à l'entente ne dépasse pas 30%⁷³⁷, les effets bénéfiques de l'accord compensent les effets négatifs⁷³⁸. Autrement dit le bilan est présumé positif⁷³⁹. Mais la présomption n'est pas absolue. Ici également certaines restrictions sont illicites quel que soit le pouvoir de marché : la présence de certaines restrictions caractérisées, alors même que le seuil de 30% ne serait pas atteint, fait perdre à l'accord le bénéfice de l'exemption par catégorie et rend très improbable le jeu de l'exception légale⁷⁴⁰. En outre, la présomption de légalité n'est pas irréfragable. Quand bien même le seuil ne serait pas dépassé et que la tentation des restrictions caractérisées serait évitée, le bénéfice de l'exemption peut être retiré et l'entente prohibée.

Des seuils de pouvoir de marché – mesurés en part de marché – sont également utilisés pour le bénéfice des exemptions par catégorie de certains accords horizontaux

⁷³⁷ Dans le nouveau règlement d'exemption des accords verticaux, il s'agit de ce qu'« on peut appeler un double seuil », puisque la barre des 30% ne doit être dépassée ni par le fournisseur, ni par l'acheteur : v. Laurence IDOT, « Aperçu du nouveau régime des accords verticaux », *Europe*, mai 2010, p. 6-11, ici p. 9.

⁷³⁸ Les règlements d'exemption spécifiques des accords verticaux dans le secteur automobile reposent sur la même logique s'agissant du pouvoir de marché : v. règlement (CE) n° 1400/2002 de la Commission, du 31 juillet 2001, concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3, du traité à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées dans le secteur automobile, *JOCE* L 203, 1^{er} août 2002, p. 30, et règlement (UE) n° 461/2010 de la Commission, du 27 mai 2010, concernant l'application de l'article 101, paragraphe 3, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées dans le secteur automobile, *JOUE* L 129, 28 mai 2010, p. 52.

⁷³⁹ À propos du précédent règlement d'exemption par catégorie d'accords verticaux (le règlement (CE) n° 2790/1999 de la Commission, du 22 décembre 1999, concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3, du traité à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées, *JOCE* L 336, 29 décembre 1999, p. 21), M. Robert KOVAR remarquait que « l'importance accordée au pouvoir de marché comme critère de l'applicabilité de l'exemption par catégorie » est l'un des principes essentiels autour desquels s'organise le règlement d'exemption : « En l'absence d'un pouvoir de marché, les restrictions verticales ne sont pas jugées anticoncurrentielles » ; la fixation d'un seuil de pouvoir de marché « est la pierre angulaire de la construction élaborée par la Commission » (Robert KOVAR, « L'exemption des restrictions verticales », *RLC*, 1999, numéro spécial « Restrictions verticales – Quelle distribution pour demain ? », p. 2-5). Christian MONTET (« L'analyse économique des restrictions verticales », *RLC*, 1999, numéro spécial « Restrictions verticales – Quelle distribution pour demain ? », p. 6-10), critique ce lien entre pouvoir de marché et dangerosité pour la concurrence : « il y a quelque chose de vrai dans (cette) proposition, dans le sens général où les risques d'atteinte à la concurrence dus aux restrictions verticales sont très faibles ou inexistantes dans des structures de marché ouvertes et peu concentrées. Mais cela ne signifie pas automatiquement que les accords verticaux soient d'autant plus dangereux que le niveau de concentration s'accroît. La relation est loin d'être 'linéaire' » ; d'autant plus que, selon lui, « en règle générale, la part de marché (est) une bien pauvre approximation du pouvoir de marché ».

⁷⁴⁰ La Commission précise que, non seulement ces restrictions peuvent bénéficier d'une exemption individuelle (par le jeu de l'exception légale) en application de l'article 101, paragraphe 3 – ce que la Cour a confirmé dans l'arrêt *Pierre Favre Dermo-Cosmétique* (CJUE, 13 octobre 2011, aff. C-439/09, *Rec.* p. I-9419, pts 57 et 59) –, mais elles peuvent échapper à l'article 101, paragraphe 1, si elles sont « objectivement nécessaires à l'existence d'un accord d'une nature ou d'un type particulier » (paragraphe 60 des lignes directrices, préc.).

de recherche et développement⁷⁴¹ ou de spécialisation⁷⁴², ainsi que de certaines catégories d'accords, de décisions et de pratiques concertées dans le secteur des assurances⁷⁴³.

181. Si un très faible pouvoir de marché peut faire échapper au champ d'application de la prohibition antitrust et si un faible pouvoir de marché est apte à emporter présomption d'exemption, inversement, une entente ne saurait bénéficier d'une dérogation lorsqu'elle donne « *aux entreprises la possibilité, pour une partie substantielle des produits en cause, d'éliminer la concurrence* »⁷⁴⁴. Un très important pouvoir de marché des membres de l'entente jette, sur leur comportement restrictif, une sorte d'opprobre définitive. Tel est le cas lorsque « *les membres contrôlent ensemble des parts de marché supérieures à 70 %, se situant le plus souvent entre 80 et 90 % du marché concerné* »⁷⁴⁵. Sans mentionner un seuil de part de marché au-dessus duquel l'élimination de la concurrence serait présumée, les lignes directrices relatives à la mise en œuvre de l'article 101, paragraphe 3, TFUE, indiquent que l'exemption ne peut être accordée aux accords restrictifs qui constituent un abus de position dominante. Elles précisent que l'existence d'un « *pouvoir de marché considérable... permet de penser que les parties ne sont soumises à aucune pression concurrentielle réelle et que la concurrence pour une partie substantielle des produits en cause a été éliminée* »⁷⁴⁶. Toute restriction par objet, même caractérisée,

⁷⁴¹ Règlement (UE) n° 1217/2010 de la Commission, du 14 décembre 2010, relatif à l'application de l'article 101, paragraphe 3, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne à certaines catégories d'accords de recherche et de développement, *JOUE* L 335, 18 décembre 2010, p. 36 (remplaçant le règlement (CE) n° 2659/2000 de la Commission, du 29 novembre 2000, concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3, du traité, à des catégories d'accords de recherche et de développement, *JOCE* L 304, 5 décembre 2000, p. 7).

⁷⁴² Règlement (UE) n° 1218/2010 de la Commission, du 14 décembre 2010, relatif à l'application de l'article 101, paragraphe 3, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne à certaines catégories d'accords de spécialisation, *JOUE* L 335, 18 décembre 2010, p. 43 (remplaçant le règlement (CE) n° 2658/2000 de la Commission, du 29 novembre 2000, concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3, du traité à des catégories d'accords de spécialisation, *JOCE* L 304, 5 décembre 2000, p. 3).

⁷⁴³ Règlement (UE) n° 267/2010 de la Commission, du 24 mars 2010, concernant l'application de l'article 101, paragraphe 3, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne à certaines catégories d'accords, de décisions et de pratiques concertées dans le secteur des assurances, *JOUE* L 83, 30 mars 2010, p. 1 (qui remplace le règlement (CE) n° 358/2003, *JOUE* L 53, 28 février 2003, p. 8).

⁷⁴⁴ Article 101, paragraphe 3, b), TFUE.

⁷⁴⁵ Louis VOGEL, *Traité de droit commercial G. Ripert / R. Roblot*, Michel GERMAIN (dir.), tome 1, vol. 1, *Du droit commercial au droit économique*, 19^{ème} éd., *op. cit.* ; ici p. 879.

⁷⁴⁶ V. Comm. eur., *Lignes directrices concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3, du traité*, préc. (paragraphe 111).

pouvant en principe bénéficier du jeu de l'exception légale, un tel pouvoir de marché devrait être évalué si l'exception était invoquée.

§ II. L'absence de conditions équivalentes en matière antidumping

182. La législation antidumping ne requiert ni la vérification que les *auteurs* du dumping aient renoncé à leur autonomie d'action sur le marché – renoncement résultant de l'existence de liens particuliers entre eux (**A.**) –, ni qu'ils disposent d'un pouvoir de marché minimal (**B.**). Ce qui constituent des préalables relatifs aux auteurs de l'infraction en matière antitrust ne sont pas des prérequis à la détermination de l'existence d'un dumping préjudiciable susceptible de faire l'objet de mesures de défense commerciale, nonobstant la circonstance que certains liens entre les entreprises impliquées sont pris en compte et la présence de quelques indices d'une exigence de pouvoir de marché.

A. L'absence de vérification de liens entre les auteurs du dumping

183. Le dumping est, conceptuellement, une pratique tarifaire individuelle ne présentant pas les caractéristiques recherchées en matière de comportements anticoncurrentiels unilatéraux. Si la démonstration de liens entre les auteurs du dumping n'est pas requise, cette pratique est, pourtant, généralement appréhendée collectivement (**1°**). Si les éléments constitutifs du dumping sont étrangers aux notions d'accord, de pratique concertée, de décision d'association d'entreprises ou d'entité collective, utilisées en matière antitrust, des effets sont néanmoins attachés, dans la mise en œuvre de la législation antidumping, à la constatation de certains liens entre les entreprises impliquées (producteurs, exportateurs et importateurs) (**2°**).

1° Une pratique individuelle appréhendée collectivement

184. Juridiquement, le dumping doit être considéré comme une pratique individuelle. Mais, mise à part le cas, rare, où il concerne les importations des produits⁷⁴⁷ fabriqués

⁷⁴⁷ Le mot *produit* ici utilisé au singulier ou au pluriel vise le *produit concerné* (ou *produit considéré*) au sens de cette notion en matière antidumping. Les considérations exprimées dans ces développements sont transposable au cas où le dumping ne concerne pas les importations d'un seul *produit concerné* mais celles de plusieurs *produits concernés*.

par une seule entreprise étrangère, il s'agit d'une pratique qui, bien qu'adoptée unilatéralement par son *auteur*, s'inscrit dans un ensemble de *pratiques similaires* suivies par d'autres sociétés. Un faisceau d'importations effectuées en dumping concernant les produits fabriqués par plusieurs producteurs étrangers sont appréhendées : si elles causent un préjudice important, elles sont condamnables. Ainsi, généralement il y a pluralité d'*auteurs* du dumping. Nonobstant, la détermination du dumping préjudiciable ne requiert aucune vérification de l'existence d'une volonté commune ou collective, d'une forme quelconque de concertation entre ces *auteurs* du dumping, d'une décision d'une éventuelle association formée par ces derniers. Aucun accord, aucune action concertée ne sont recherchés préalablement à la condamnation de la pratique tarifaire en cause. N'est pas davantage requise la présence d'une décision d'association d'entreprises, ni vérifiée l'existence d'une entité collective. Ainsi, juridiquement, le dumping est-il bien une pratique individuelle.

185. Ce mélange entre ce caractère juridiquement unilatéral et cette constatation dans un cadre collectif apparaît dans la procédure antidumping comme dans les mesures qui peuvent être adoptées contre le dumping.

L'affirmation jurisprudentielle selon laquelle « *les procédures antidumping concernent en principe toutes les importations d'une certaine catégorie de produits à partir d'un pays tiers et non les produits d'entreprises déterminées* »⁷⁴⁸ attestent de l'aspect collectif. Une procédure antidumping est ouverte par un avis publié au *Journal officiel de l'Union européenne* qui indique le produit et le(s) pays concerné(s)⁷⁴⁹ et non les entreprises en cause, même si la Commission avise de cette ouverture les exportateurs, les importateurs notoirement concernés du pays exportateur en cause, ainsi que leurs associations représentatives⁷⁵⁰. Une telle procédure concerne un ou plusieurs pays alors qu'une procédure de concurrence est

⁷⁴⁸ CJCE, 7 décembre 1993, *Rima Eletrometalurgica SA c/ Conseil*, aff. C-216/91, *Rec.* p. I-6303 (pt 17) ; jurisprudence rappelée par Trib.UE, 18 septembre 2012, *Since Hardware (Guangzhou) Co. c/ Conseil*, aff. T-156/11, non encore publié au *Rec.* (pt 65).

⁷⁴⁹ Article 5, paragraphe 10, du règlement de base.

⁷⁵⁰ Article 5, paragraphe 11, du règlement de base. Par ailleurs, les questionnaires sont envoyés à ces importateurs et exportateurs notoirement concernés ainsi qu'aux autres exportateurs et importateurs qui le demandent.

ouverte, en matière d'abus de position dominante comme d'ententes, à l'égard des entreprises concernées⁷⁵¹.

Généralement, plusieurs entreprises d'un pays exportateurs recourent au dumping, voire plusieurs entreprises de pays tiers différents. Dans le premier cas, ce sont les effets cumulés de leurs importations en dumping qui sont évalués dans le cadre de la détermination du préjudice important subi par l'industrie de l'Union, condition nécessaire pour qu'une neutralisation du dumping soit envisageable. Dans le second cas, les effets des importations en provenance des différents pays en cause font l'objet d'une évaluation cumulative si certaines conditions sont réunies. Ainsi le dumping est-il une pratique individuelle qui, sauf à produire elle-même un préjudice important, ne sera condamnée qu'en raison des effets cumulés d'un faisceau de pratiques individuelles similaires mises en œuvre par d'autres sociétés. Les effets de comportements individuels sont alors additionnés sans qu'une forme quelconque de collusion entre leurs auteurs ne soit recherchée, ni qu'une situation d'oligopole ne soit vérifiée. Cette situation évoque celle de « *l'effet cumulatif de verrouillage de réseaux parallèles d'accords ayant des effets similaires sur le marché* », qui entraîne un abaissement des seuils de part de marché en deçà desquels des accords entre concurrents ou entre non concurrents ne restreignent pas sensiblement la concurrence au sens de l'article 101, paragraphe 1, TFUE, lorsqu'au moins 30% du marché en cause est couvert par de tels réseaux⁷⁵². Le bénéfice de la présomption d'insensibilité sur la concurrence à laquelle les parties à l'accord pourraient prétendre est alors écarté au motif que cet accord s'inscrit dans de tels réseaux d'accords. De même le bénéfice d'une exemption par catégorie peut-il être retiré pour une telle raison⁷⁵³. Pourtant, aucune concertation n'est vérifiée entre ces parties à l'accord en cause et les parties aux autres accords de tels réseaux. Une différence notable distingue toutefois cet effet cumulatif antitrust de l'effet cumulatif antidumping. Le premier prive les

⁷⁵¹ Article 2 du règlement (CE) n° 773/2004 de la Commission, du 7 avril 2004, relatif aux procédures mises en œuvre par la Commission en application des articles 81 et 82 du traité CE, *JOUE* L 123, 27 avril 2004, p. 18.

⁷⁵² Comm. eur., *Communication concernant les accords d'importance mineure qui ne restreignent pas sensiblement le jeu de la concurrence au sens de l'article 81, paragraphe 1, du traité instituant la Communauté européenne (de minimis)*, *JOCE* C 368, 22 décembre 2001, p. 13 (paragraphe 8). V., également, Comm. eur., *Lignes directrices sur les restrictions verticales*, *JOUE* C 130, 19 mai 2010, p. 1 (paragraphe 11).

⁷⁵³ V. Comm. eur., *Lignes directrices sur les restrictions verticales* (2010), préc. (notamment paragraphes 75 et 76).

membres d'une entente d'une présomption bénéfique, alors que le second est préjudiciable à des opérateurs économiques individuels.

186. Si la mesure définitive est également *collective*, puisque les règlements instituant des droits antidumping visent les importations dans l'Union de produits en provenance d'un ou plusieurs pays tiers, en principe, les droits sont individualisés pour chaque producteur-exportateur de ce ou ces pays⁷⁵⁴. En principe car, parfois, un droit général est institué couvrant indifféremment toutes les importations en provenance du pays considéré. Par ailleurs, l'institution de droits individuels s'accompagne de la fixation d'un droit résiduel global, dont la vocation est de s'appliquer aux exportateurs pour lesquels un droit individuel n'a pas pu être établi et aux futurs nouveaux exportateurs⁷⁵⁵. Cependant, il peut arriver qu'une procédure antidumping soit ouverte à l'encontre d'un seul producteur, et la mesure antidumping ne concernera alors que ce dernier⁷⁵⁶. En outre, la mesure prise est *individuelle* lorsqu'un engagement mettant fin au dumping proposé par un exportateur est accepté par la Commission. Elle le demeure lorsque plusieurs exportateurs offrent des engagements et qu'ils sont acceptés par une décision de la Commission, qui s'apparente alors à un faisceau de décisions individuelles.

187. Le dumping est un comportement juridiquement unilatéral qui, cependant, n'exclut pas qu'en pratique puissent se trouver sous-jacente une forme de collusion ou une entité collective. Il s'agit alors simplement de circonstances factuelles qui n'ont pas d'incidence sur la constatation de la pratique appréhendée.

Ainsi, lorsque plusieurs producteurs-exportateurs étrangers recourent au dumping en direction de l'Union, il peut s'agir d'une action concertée de leur part, voire d'un accord à l'exportation. Plus fréquemment sans doute s'agit-il seulement d'un comportement parallèle, dans lequel est absent tout élément de concertation au sens antitrust du terme.

Par ailleurs, l'opération d'exportation vers l'Union que le producteur-exportateur étranger effectue en dumping implique généralement, mais pas nécessairement,

⁷⁵⁴ Droits individuels alors couplés avec un *droit résiduel* applicable à tous les producteurs-exportateurs non nommés dans le règlement, et notamment aux nouveaux producteurs-exportateurs ; v. article 9, paragraphe 5, du règlement de base.

⁷⁵⁵ V. Edwin VERMULST, *EU Anti-Dumping Law and Practice*, 2^{ème} éd., *op. cit.* ; spéc. p. 133 et s.

⁷⁵⁶ Trib.UE, 18 septembre 2012, *Since Hardware (Guangzhou) Co. c/ Conseil*, préc. (pts 68, 75 et 91).

l'intervention d'un importateur indépendant et, par suite, la conclusion d'un contrat entre le premier et le second. Pourtant, il n'y aura pas nécessairement accord vertical au sens du droit antitrust dès lors que généralement l'importateur ne participe ni expressément, ni même tacitement, à la pratique de dumping⁷⁵⁷. Toutefois, il ne saurait être exclu que l'exportateur ou l'importateur qui vend dans l'Union à un prix inférieur à la valeur normale, le fasse dans le cadre d'un accord avec le producteur étranger intéressé dans l'opération par l'assurance d'écouler à bas prix une partie de sa production, sans risque de retours sur son marché domestique.

Enfin, une entente entre producteurs étrangers peut être la cause sous-jacente à la pratique de dumping, en assurant un certain cloisonnement du marché d'exportation rendant possible le dumping par des obstacles aux importations parallèles.

De ces diverses situations, il ressort que les participants au dumping peuvent être multiples et que des importations en dumping peuvent notamment s'inscrire dans le cadre d'un cartel à l'exportation, ou être une conséquence d'un cartel ou d'un accord de distribution sur le marché d'exportation, ayant comme objet ou effet la fermeture de ce dernier.

2° Les effets juridiques de certains liens entre entreprises impliquées dans le dumping

188. Si la détermination de l'existence d'un dumping préjudiciable ne requiert pas en préalable la démonstration d'une forme quelconque de coordination entre les multiples *auteurs* du dumping, dans plusieurs situations, des liens entre les entreprises impliquées dans les importations effectuées en dumping sont pris en compte par la législation antidumping. De la constatation de l'existence de ces liens découle des conséquences juridiques.

189. En premier lieu, à l'occasion de la détermination de la *valeur normale*, les ventes sur le marché d'exportation entre « *parties associées ou [ayant] conclu entre elles un arrangement de compensation* »⁷⁵⁸ peuvent être considérées *anormales*

⁷⁵⁷ En effet, il y a « *accord* » au sens de l'article 101 TFUE lorsque des pratiques ou mesures adoptées ou imposées de manière apparemment unilatérale par un fabricant dans le cadre des relations commerciales continues qu'il entretient avec ses distributeurs reçoivent l'acquiescement expresse ou tacite de ces derniers : v., en dernier lieu, TPICE, 9 juillet 2009, *Peugeot et Peugeot Nederland c/ Commission*, aff. T-450/05, préc. (pts 172-173).

⁷⁵⁸ Article 2, paragraphe 1, alinéa 3, du règlement de base.

lorsque certaines conditions sont réunies⁷⁵⁹. Cette anomalie peut conduire à écarter ces ventes pour l'établissement de la valeur normale. Il résulte des circonstances autorisant à considérer que des parties sont *associées* que l'*association* peut être très ténue. Si les liens en question peuvent être ceux prévalant entre une société mère et sa filiale et correspondre partiellement à ceux utilisés dans la notion de *concentration*, le seuil à partir duquel ces liens peuvent être suffisants est très faible et très inférieur à celui que constitue le contrôle direct ou indirect d'une entreprise sur une autre. En effet, la détention de 5% du capital – voire seulement de 1% – peut suffire pour reconnaître des *parties associées*, seuil auquel aucune règle de concurrence ne saurait attribuer un quelconque effet⁷⁶⁰. L'*arrangement de compensation*⁷⁶¹, quant à lui, apparaît comme un accord de volonté entre les entreprises concernées, et s'apparente ainsi à un *accord* dans le sens antitrust du terme.

Parallèlement, aux fins de l'établissement du *prix à l'exportation*⁷⁶², un prix particulier peut être écarté lorsqu'il « *n'est pas fiable en raison de l'existence d'une association ou d'un arrangement de compensation entre l'exportateur et l'importateur ou un tiers* »⁷⁶³.

⁷⁵⁹ V., pour un exposé de ces conditions et, plus largement, de la détermination de la valeur normale, *infra* n° 288 et s.

⁷⁶⁰ L'article 2, paragraphe 1, du règlement de base dispose que « [p]our déterminer si deux parties sont associées, il peut être tenu compte de la définition des parties liées figurant à l'article 143 du règlement (CEE) n° 2454/93 de la Commission, du 2 juillet 1993 fixant certaines dispositions d'application du règlement (CEE) n° 2913/92 du Conseil établissant le code des douanes communautaire ». L'article 143 du règlement (CEE) n° 2454/93 de la Commission, du 2 juillet 1993, fixant certaines dispositions d'application du règlement (CEE) n° 2913/92 du Conseil établissant le code des douanes communautaire (JOCE L 253, 11 octobre 1993, p. 1), ne répute liées des personnes que :

« a) si l'une fait partie de la direction ou du conseil d'administration de l'entreprise de l'autre, et réciproquement ;

b) si elles ont juridiquement la qualité d'associés ;

c) si l'une est l'employé de l'autre ;

d) si une personne quelconque possède, contrôle ou détient directement ou indirectement 5 % ou plus des actions ou parts émises avec droit de vote de l'une et de l'autre ;

e) si l'une d'elles contrôle l'autre directement ou indirectement ;

f) si toutes deux sont directement ou indirectement contrôlées par une tierce personne ;

g) si, ensemble, elles contrôlent directement ou indirectement une tierce personne ;

(...) ».

⁷⁶¹ Pour des précisions sur cette notion, v. *infra* n° 296.

⁷⁶² Sur la notion de prix à l'exportation et sur les conditions permettant d'écarter un prix entre parties liées, v. *infra* n° 304 et s.

⁷⁶³ Article 2, paragraphe 9, du règlement de base. Une telle *association* est constatée selon les mêmes modalités qu'en matière de valeur normale et la notion d'*arrangement de compensation* est la même qu'en matière de valeur normale.

190. En deuxième lieu, dans le cadre de la définition de l'industrie de l'Union, constituée de l'ensemble des producteurs établis dans l'Union qui fabriquent le *produit similaire* à celui dont des importations sont effectuées en dumping, sont en principe exclus les producteurs établis dans l'Union qui sont « *liés* » aux exportateurs ou importateurs du produit faisant l'objet d'un dumping⁷⁶⁴. De tels « *liens* »⁷⁶⁵ sont réputés exister entre producteurs européens et exportateurs ou importateurs « *si l'un d'eux, directement ou indirectement, contrôle l'autre* », ou « *si les deux, directement ou indirectement, sont contrôlés par un tiers* », ou « *si, ensemble, directement ou indirectement, ils contrôlent un tiers* », « *à condition qu'il y ait des raisons de croire ou de soupçonner que l'effet de la relation est tel que le producteur concerné se comporte différemment des producteurs non liés* »⁷⁶⁶. Il est précisé que « *l'un est réputé contrôler l'autre lorsqu'il est, en droit ou en fait, en mesure d'exercer sur ce dernier un pouvoir de contrainte ou d'orientation* »⁷⁶⁷. Ainsi, les *liens* en question s'apparentent-ils à ceux qui interviennent pour caractériser une opération de concentration. Celle-ci repose en effet sur la notion de « *contrôle* », lequel « *découle des droits, contrats ou autres moyens qui confèrent, seuls ou conjointement et compte tenu des circonstances de fait ou de droit, la possibilité d'exercer une influence déterminante sur l'activité d'une entreprise* »⁷⁶⁸.

191. En troisième et dernier lieu, si un droit antidumping individuel est normalement établi pour chaque *fournisseur*⁷⁶⁹, en revanche, lorsque deux ou plusieurs fournisseurs, bien que juridiquement distincts les uns des autres ou distincts de l'État tiers, peuvent être considérés comme une « *entité unique* »⁷⁷⁰, un droit unique commun leur sera appliqué. L'existence d'une telle *entité unique* peut être constatée notamment en présence de « *liens, au niveau de la société ou sur le plan de la*

⁷⁶⁴ Article 4, paragraphe 1, a), du règlement de base.

⁷⁶⁵ Ainsi explicitement dénommés par le considérant n° 10 du règlement de base qui souligne l'opportunité de « *définir la notion de "lien"* ».

⁷⁶⁶ Article 4, paragraphe 2, du règlement de base.

⁷⁶⁷ Article 4, paragraphe 2, du règlement de base.

⁷⁶⁸ Article 3, paragraphe 2 du règlement (CE) n° 139/2004 du Conseil, du 20 janvier 2004, relatif au contrôle des concentrations entre entreprises (« le règlement CE sur les concentrations »), *JOUE* L 24, 28 janvier 2004, p. 1.

⁷⁶⁹ V. l'article 9, paragraphe 5, du règlement de base.

⁷⁷⁰ Article 9, paragraphe 5, alinéa 2, du règlement de base (règlement n° 1225/2009, tel que modifié par le règlement (UE) n° 765/2012 du Parlement européen et du Conseil, du 13 juin 2012, *JOUE* L 237, 3 septembre 2012, p. 1).

structure, entre les fournisseurs et l'État ou entre fournisseurs »⁷⁷¹, « *tels qu'un contrôle, un actionnariat et une gestion communs* »⁷⁷². Ces liens requis pour constater une *entité unique* paraissent plus forts que ceux envisagés *supra* à propos des déterminations de la valeur normale et du prix à l'exportation et de la définition de l'industrie de l'Union. Par ailleurs, la notion d'*entité unique* évoque celle antitrust d'*entreprise*⁷⁷³. Cette dernière présuppose l'autonomie économique de l'entité concernée, de sorte que deux personnes morales distinctes peuvent ne constituer qu'une seule et unique entreprise, excluant l'existence entre elles d'un accord au sens de l'article 101, paragraphe 1, TFUE. Faute d'une telle autonomie des fournisseurs concernés les uns par rapport aux autres, aucune forme de collusion ne peut être est sous-jacente.

192. Les conséquences juridiques attachées à la constatation des liens présentés dans les paragraphes précédents ne sont pas négligeables. La mise à l'écart de certaines ventes domestiques pour la détermination de la valeur normale et/ou de certaines ventes à l'exportation aux fins de l'estimation du prix à l'exportation a des répercussions, *in fine*, sur la détermination de la marge de dumping. L'exclusion de l'industrie de l'Union de certains producteurs européens peut exercer une réelle influence sur la détermination du préjudice. Quant à l'application d'un droit antidumping commun et non pas individuel, il peut pénaliser davantage l'un des fournisseurs concernés que ne l'aurait fait un droit individuel.

B. L'absence de vérification d'un pouvoir de marché minimal

193. Des indices d'une exigence d'un pouvoir de marché minimal entre les mains du ou des *auteurs* du dumping peuvent être décelés dans la condition de préjudice

⁷⁷¹ *Ibid.*

⁷⁷² Considérant n° 4 du règlement (UE) n° 765/2012, préc.

⁷⁷³ Sur cette notion, v., notamment, Laurence IDOT, « La notion d'entreprise en droit de la concurrence, révélateur de l'ordre concurrentiel », *Concurrences*, n° 2-2006, p. 1-12.

important que pose la législation antidumping (1°)⁷⁷⁴. Ils permettent de s'interroger sur l'hypothèse d'un éventuel parallèle entre les exigences du droit antitrust en matière de pouvoir de marché minimal et cette condition de préjudice important. Plusieurs objections s'opposent, cependant, à l'affirmation de l'existence d'une telle exigence (2°).

1° Les indices de l'existence d'une exigence de pouvoir de marché minimal

194. La prémisse est que toute entreprise jouit d'un pouvoir de marché. Mais il peut être insignifiant. Tout pouvoir de marché n'est pas d'une ampleur telle qu'il permette à son détenteur d'influer sur le marché. Un certain seuil doit être atteint pour que le comportement d'une ou plusieurs entreprises puisse affecter la concurrence sur le marché d'une manière suffisamment significative. Dans cette perspective, il s'agit d'envisager si l'importance du préjudice, requise par la législation antidumping, pourrait être analysée comme un mode de vérification de l'existence d'un pouvoir de marché d'une ampleur suffisante entre les mains du ou des auteurs du dumping.

Dans l'hypothèse proposée, la condition de préjudice important causé par les importations effectuées en dumping manifesterait la présence d'une exigence de pouvoir de marché minimal. Cette hypothèse se fonde sur l'interrogation suivante : la circonstance que des importations causent un préjudice important à l'industrie de l'Union ne révèle-t-elle pas le pouvoir de marché, sinon prépondérant, du moins significatif, des producteurs-exportateurs de pays tiers à l'Union européenne qui pratiquent le dumping ? Leur comportement commercial pourrait-il impacter leurs concurrents européens d'une telle manière s'ils ne jouissaient pas d'un tel pouvoir minimal ? Cette interrogation formulée pour le cas d'un dumping pratiqué par une pluralité de producteurs-exportateurs de pays tiers – entre lesquels l'existence de liens collusoires ou structurels n'est pas recherchée – est transposable au cas où le dumping préjudiciable est le fait d'un seul producteur-exportateur étranger à l'Union

⁷⁷⁴ L'idée que la législation antidumping ne condamnerait pas toutes les discriminations de prix transnationales (lorsque le prix bas est pratiqué sur le marché d'importation), mais seulement celles mises en œuvre par une ou plusieurs entreprises disposant sur le marché d'importation d'un certain pouvoir de marché, trouve un écho dans certaines opinions doctrinales. Ainsi, Pierre DIDIER écrit que, aux termes de l'article VI du GATT, « *le dumping lui-même, c'est-à-dire la différenciation de prix entre deux marchés demeure, hors cas de position dominante, une pratique légitime* » : Pierre DIDIER, « Le Code anti-dumping du cycle de l'Uruguay : impact dans la Communauté », *CDE*, 1994, p. 251-326 ; ici p. 251.

– dont l'éventuelle position dominante n'est pas davantage vérifiée. En faisant abstraction de l'absence d'exigence de collusion ou de domination, la problématique envisagée est celle de savoir si la capacité des importations faisant l'objet d'un dumping, de causer un dommage important à l'industrie européenne, n'implique pas l'existence d'un pouvoir de marché substantiel de la part de celui ou de ceux à qui ces importations sont imputables – pouvoir de marché individuel ou collectif.

Dans cette hypothèse d'une condition de préjudice important, agissant comme indicateur du dérèglement de la concurrence sur le marché d'importation et révélant l'existence d'un pouvoir de marché important détenu par les producteurs-exportateurs concernés, le raisonnement suivi est inverse à celui du droit antitrust. En effet, les effets sur la concurrence y sont en principe présumés sensibles à partir de la constatation d'un pouvoir de marché minimal. Ici, les effets importants constatés permettraient de présumer la détention d'un tel pouvoir de marché.

Plusieurs indices peuvent être identifiés dans la législation antidumping au soutien de cette hypothèse de la nécessité d'un pouvoir de marché minimal pour causer un préjudice important. Plusieurs indicateurs de pouvoir de marché peuvent, en effet, être perçus dans le processus de détermination du préjudice important.

195. En préalable, une succincte présentation de la condition de préjudice important est nécessaire. L'article VI du GATT subordonne la condamnation du dumping à la démonstration d'un dommage important par lui causé à l'industrie domestique du pays importateur. Mais il ne définit pas ce préjudice important⁷⁷⁵. Les Codes antidumping successifs ont explicité ce concept clef, mais seulement par la proposition d'une méthode pour sa détermination. Celle-ci est reprise dans le règlement de base⁷⁷⁶.

La détermination du préjudice important repose sur l'examen objectif de deux séries d'éléments. D'une part, les éléments quantitatifs qui se rapportent aux importations faisant l'objet d'un dumping : le « *volume des importations faisant l'objet d'un dumping* » et leur « *effet [...] sur les prix des produits similaires sur le marché*

⁷⁷⁵ Les expressions *dommage important* (utilisée par l'article VI du GATT) et *préjudice important* (utilisée dans le règlement antidumping de base de l'Union) sont synonymes et doivent s'entendre comme englobant les trois formes de dommage/préjudice, exclusives les unes des autres : le dommage/préjudice important causé à une branche de production nationale, la menace de dommage/préjudice important pour une branche de production nationale ou le retard important dans la création d'une branche de production nationale.

⁷⁷⁶ Article 3 du règlement actuellement en vigueur.

intérieure » du pays importateur. D'autre part, les éléments qualitatifs relatifs à l'industrie domestique concernée : « *l'incidence de ces importations sur les producteurs nationaux de ces produits* » mesurée par l'évaluation de « *tous les facteurs et indices économiques pertinents qui influent sur la situation* » de cette industrie⁷⁷⁷. Ce sont ces éléments qualitatifs qui permettent d'évaluer le préjudice causé aux concurrents européens⁷⁷⁸. Les éléments quantitatifs ne sont que des indices de ce préjudice et constituent surtout « *des éléments décisifs d'appréciation du lien de causalité entre le dumping et le préjudice* »⁷⁷⁹. La détermination du préjudice important intègre un facteur temps, puisque la période de référence s'étend sur plusieurs années⁷⁸⁰. Par conséquent, l'impact que les importations effectuées en dumping produisent n'est pas ponctuel mais durable.

196. Le pouvoir de marché est la capacité à influencer sur le marché en cause, il comporte une dimension causale. Il est scruté lorsqu'il atteint un certain seuil en raison des capacités d'affectation sensible de la concurrence qu'il procure à son ou ses détenteurs. Il matérialise le lien entre le comportement de ce ou ces derniers et l'effet sur la concurrence. En son absence, le comportement abstraitement considéré n'est pas susceptible d'avoir un effet significatif, que cet effet soit présumé ou concrètement vérifié.

⁷⁷⁷ Article 3 du Code antidumping ; transposé en termes comparables à l'article 3 du règlement de base.

⁷⁷⁸ L'article 3.4 du Code antidumping contient une liste non limitative de ces facteurs. Doivent ainsi être évalués la « *diminution effective et potentielle des ventes, des bénéfices, de la production, de la part de marché, de la productivité, du retour sur investissement, ou de l'utilisation des capacités* », les « *facteurs qui influent sur les prix intérieurs ; importance de la marge de dumping* » et les « *effets négatifs, effectifs et potentiels, sur les flux de liquidités, les stocks, l'emploi, les salaires, la croissance, la capacité de se procurer des capitaux ou l'investissement* ». À ces éléments qu'il reprend, l'article 3, paragraphe 5, du règlement de base ajoute : « *le fait pour une industrie communautaire de ne pas encore avoir surmonté entièrement les effets de pratiques passées de dumping ou de subventionnement* ».

⁷⁷⁹ Dominique AVOT et Marc DE PAUW, « Antidumping », in : Ami BARAV et Christian PHILIP (dir.), *Dictionnaire juridique des Communautés européennes*, Paris, PUF, 1993, 1189 p., p. 82-103 ; spéc. p. 97.

L'exigence de lien causal apparaît, d'ailleurs, plus nettement dans le règlement de base de l'Union que dans le Code antidumping : les souffrances mesurées de l'industrie domestique doivent être liées aux volumes des importations et/ou au niveau des prix. En effet, le paragraphe 6 de l'article 3 est ainsi rédigé : « *Il doit être démontré à l'aide de tous les éléments de preuve pertinents présents en relation avec le paragraphe 2 que les importations faisant l'objet d'un dumping causent un préjudice au sens du règlement. En l'occurrence, cela implique la démonstration que le volume et/ou les niveaux des prix visés au paragraphe 3 ont un impact sur l'industrie communautaire au sens du paragraphe 5 et que cet impact est tel qu'on puisse le considérer comme important* ».

⁷⁸⁰ Elle est, d'ailleurs, supérieure à la période d'enquête utilisée pour la détermination du dumping.

Une tentative de comparaison doit par conséquent s'intéresser, en premier lieu, aux éléments quantitatifs ci-avant présentés. Les éléments qualitatifs d'analyse de la situation des concurrents européens pourront, en second lieu, être envisagés, car l'appréciation du pouvoir de marché implique également une évaluation des pouvoirs relatifs des concurrents.

197. Quant aux éléments quantitatifs : Le volume des importations faisant l'objet d'un dumping indique la part de marché représentée par ces importations. Celle-ci est indicative d'un préjudice si elle est en notable⁷⁸¹ augmentation, en quantité absolue ou par rapport à la production ou à la consommation dans l'Union. La part de marché requise peut, ainsi, être statique ou dynamique. *A priori*, la dynamique doit être positive. Pourtant, elle peut être négative puisqu'une part de marché décroissante détenue par les produits importés en cause n'empêche pas de conclure que l'industrie de l'Union est lésée⁷⁸². En droit antitrust, la diminution de la part de marché d'une entreprise n'est pas davantage un obstacle à la reconnaissance de sa domination.

Quant à l'effet des importations en dumping sur les prix, si l'accent est mis sur la sous-cotation notable des prix de dumping par rapport au prix du produit similaire dans l'Union, ce n'est qu'une des trois formes d'effet du dumping sur les prix de l'industrie de l'Union considérées comme pertinentes. S'y ajoutent la dépression sensible des prix et l'empêchement dans une mesure notable des hausses de prix qui, sans cela, se seraient produites. Est ainsi vérifiée la capacité des exportateurs étrangers pratiquant le dumping d'être en *price leader* sur le marché. À cet égard, l'on peut souligner qu'il n'est pas exclu, en matière de pratiques anticoncurrentielles, qu'une baisse des prix coexiste avec une situation de domination⁷⁸³.

⁷⁸¹ Entre le Code antidumping de Tokyo et le Code antidumping de l'Uruguay, l'adjectif *notable* a été substitué au celui d'*important*. Cette modification semble devoir être comprise comme un renforcement des critères de détermination du préjudice souhaité par le Canada et les pays nordiques : v., en ce sens, Pierre DIDIER, *Les principaux accords de l'OMC et leur transposition dans la Communauté européenne, I, Les Instruments de Politique Commerciale, Dumping, Subventions, Sauvegardes - Les marchés publics*, Bruxelles, Bruylant, 1997, 646 p. ; spéc. p. 59.

⁷⁸² V. règlement (CEE) n° 920/93 de la Commission, du 15 avril 1993, instituant un droit antidumping provisoire sur les importations de certains disques magnétiques (microdisques de 3,5 pouces) originaires du Japon, de T'ai-wan et de la République populaire de Chine, *JOCE* L 95, 21 avril 1993, p. 5 ; considérant n° 54.

⁷⁸³ V., à cet égard, Louis VOGEL, *Droit de la concurrence et concentration économique, Étude comparative, op. cit.* ; spéc. p. 117, visant l'arrêt de la Cour de justice dans l'affaire *Hoffmann-La Roche*.

Deux éléments pris en compte en droit antitrust pour évaluer le pouvoir de marché d'une entreprise participant, ainsi, à la détermination du préjudice important, tout au moins au lien de causalité entre les importations faisant l'objet d'un dumping et le préjudice important.

198. Quant aux éléments qualitatifs : L'appréciation du pouvoir de marché d'une entreprise peut prendre en compte, en sus des facteurs qui lui sont propres, des éléments relatifs à ses concurrents. Or, l'évaluation du préjudice important « *comporte une évaluation de tous les facteurs et indices économiques pertinents qui influent sur la situation de cette industrie* »⁷⁸⁴. Parmi ceux-ci figurent les diminutions effectives ou potentielles des ventes, des bénéfices, de la production, de la part de marché, de la productivité, des investissements et de l'utilisation des capacités des concurrents dans l'Union, diminutions provoquées par les importations faisant l'objet du dumping. Tous ces indices indiquent une certaine faiblesse des concurrents européens par contraste avec la puissance des auteurs du dumping. Une objection peut toutefois être soulevée dès lors que cette puissance provient des pratiques considérées. Or, si en droit de la concurrence, les faits prétendus constitutifs d'agissements abusifs peuvent être pris en compte pour l'appréciation de la position dominante, ils ne suffisent jamais, à eux seuls, pour établir la dominance.

199. La perception d'une exigence de pouvoir de marché minimale à travers ces éléments quantitatifs et qualitatifs pris en compte pour évaluer le préjudice est imparfaite. Cette imperfection n'est pas surprenante. Il est, en effet, malaisé de déceler dans les détails d'une législation une exigence qu'elle ne formule pas expressément et ne revendique pas même implicitement. Néanmoins, ces indices permettent de formuler l'hypothèse d'une exigence, dans la législation antidumping, d'un pouvoir de marché minimal des importations effectuée en dumping.

2° Les objections à la perception d'une exigence de pouvoir de marché minimal

200. L'hypothèse formulée d'une éventuelle équivalence entre le pouvoir de marché révélé par le préjudice important et les pouvoirs de marché minimal requis en droit

⁷⁸⁴ Article 3, paragraphe 5, du règlement de base ; voir article 3.4 du Code antidumping.

antitrust doit toutefois être écartées. Deux objections dirimantes font obstacle à la perception d'une exigence de pouvoir de marché minimal dans la condition de préjudice important : la première porte sur le niveau de ce pouvoir de marché et la seconde concerne sa détention.

201. Quant au pouvoir de marché minimal requis, le droit antitrust utilise comme approximation commode la part de marché. Il présume qu'en deçà d'un certain niveau ou seuil de part de marché, une entreprise ou un groupe d'entreprises ne peut disposer d'un pouvoir de marché suffisant pour provoquer sur la concurrence un effet sensible. Ainsi l'application de l'article 102 TFUE est-elle exclue à l'égard d'une entreprise ou d'une entité collective dont la part de marché est inférieure à 20%. Elle est rarissime lorsque celle-ci ne dépasse pas 40%. L'application de l'article 101, paragraphe 1, TFUE est écartée lorsque la part de marché des parties à l'entente ne dépasse pas 10 ou 15%, sauf en matière de cartels et de restrictions par objet (dont les restrictions caractérisées).

Les seuils prévus dans la législation antidumping sont comparativement beaucoup plus faibles. Ainsi ne considère-t-elle insignifiantes que les importations en provenance d'un seul et même pays représentant moins de 1% de la consommation dans l'Union, autrement dit lorsque ces importations représentent une part du marché européen inférieure à 1%. En cas de cumul des importations en provenance de plusieurs pays, elle n'estime négligeables que les importations représentant, par pays considéré, moins de 1% et ne dépassant pas, ensemble, 3%⁷⁸⁵.

Par suite, la législation antidumping n'écarte pas l'éventualité qu'un volume d'importations supérieur à ces faibles seuils, mais inférieur aux seuils *minima* du droit antitrust, puisse causer un préjudice important à l'industrie de l'Union. Cette part de marché minimale requise par la législation antidumping est d'un niveau si

⁷⁸⁵ Article 5, paragraphe 7, du règlement de base. Aucune procédure ne peut être ouverte dans ce cas. L'article 5.8 du Code antidumping ne vise que les importations faisant l'objet d'un dumping. S'agissant de ces deux seuils de 1 et 3%, l'article 5, paragraphe 7, du règlement de base s'écarte du Code antidumping (article 5.8) pour suivre l'approche du *projet Dunkel*, sans qu'il soit possible de déterminer laquelle des deux formules est la plus libérale et, par conséquent, si la liberté prise par la Communauté – désormais l'Union – est contraire ou non au droit de l'OMC (elle ne le serait pas si l'Union faisait, également, application des seuils du Code antidumping). Le chiffre retenu dans l'Union est le pourcentage de la consommation européenne et non le pourcentage des importations, et les pourcentages retenus sont différents. Cette liberté prise par l'Union devrait être approuvée pour son inspiration concurrentielle. Le pouvoir de marché ne peut être mesuré que sur le marché dans son ensemble, c'est-à-dire constitué des produits domestiques et produits importés substituables, et non par rapport à l'une des composantes du marché que constituent les importations.

faible que le droit antitrust conclurait, dans des circonstances comparables, à l'insensibilité de la pratique, à quelques exceptions près, notamment en cas de restrictions par objet. Mais, ni la discrimination de prix interne, ni les ventes à perte internes, ne semblent constituer de telles restrictions. Et un cartel qui mettrait en œuvre de telles pratiques échapperait sûrement à toute sanction si les parts de marché cumulées des membres ne dépassaient pas de tels seuils. La suffisance de parts de marché si faibles écarte, en outre, toute assertion de domination de la part des auteurs du dumping, individuellement ou collectivement.

202. Quant à la détention de la part de marché considérée, contrairement au droit antitrust qui détermine pour chaque entreprise considérée une part de marché préalablement à l'addition des parts de marché ainsi établies, la législation antidumping globalise les importations réalisées par les différentes entreprises étrangères d'un pays donné et détermine une seule part de marché. À travers l'appréciation cumulée du dommage causé par tous les exportateurs d'un même pays, elle n'identifie qu'un seul pouvoir de marché global. La Cour de justice a ainsi rejeté l'argument d'un producteur japonais de roulements à billes qui soutenait que le montant du droit antidumping qui lui était appliqué ne correspondait pas au préjudice que ses propres importations étaient susceptibles de causer, vu les faibles parts de marché qu'il détenait dans la Communauté⁷⁸⁶. Cette approche globale du dommage causé par les importations de tous les exportateurs d'un même pays n'est pas spécifique à la législation de l'Union⁷⁸⁷. Cette globalisation des effets des importations en provenance d'un seul et même pays est un point qui ne paraît pas avoir fait l'objet de discussion lors du Cycle de l'Uruguay. Il en fut tout autrement

⁷⁸⁶ Les juges ont estimé que « le préjudice subi par une production établie de la Communauté [...] doit être apprécié globalement, sans qu'il soit besoin, ni d'ailleurs possible, d'individualiser la part de ce préjudice qui est imputable à chacune des sociétés responsables » : CJCE, 7 mai 1987, *Nachi Fujikoshi Corporation c/ Conseil*, aff. 255/84, *Rec.* p. 1861 (pts 45 et 46). Énoncée à propos d'un préjudice résultant d'importations additionnées en provenance de deux pays, cette solution est applicable en présence d'importations originaires d'un seul et même pays.

⁷⁸⁷ La Commission a ainsi justifié cette pratique, notamment, en relevant sa conformité avec celles de ses principaux partenaires commerciaux, dont les États-Unis : v. par exemple, décision (CEE) n° 84/229 de la Commission, du 13 avril 1984, portant acceptation d'engagements souscrits dans le cadre de la procédure anti-dumping concernant les importations de propane-1-ol (alcool propylique) originaires des États-Unis d'Amérique et portant clôture de la procédure, *JOCE* L 106, 19 avril 1984, p. 55, considérant n° 28. Pour limiter le caractère brutal de cette approche, les institutions de l'Union procèdent au calcul, pour chaque exportateur, de marges de dumping et de préjudice individuelles, aux fins d'établissement du droit antidumping individuel. Ce qui permit à la Cour d'affirmer, dans l'arrêt *Nachi Fujikoschi*, aff. 255/84, préc., que le droit retenu correspondait au préjudice causé à l'industrie communautaire du fait de ses importations (pt 48).

quant à l'évaluation cumulative des effets des exportations de plusieurs pays⁷⁸⁸. Depuis longtemps appliqué par la Communauté⁷⁸⁹, le cumul des effets des importations originaires de plusieurs pays fut consacré par le Code antidumping de 1994, mais sous réserve de la réunion de trois conditions, reprises dans le règlement de base. Aux deux premières conditions quantitatives est ajoutée une condition qualitative relative aux conditions de concurrence entre les produits concernés⁷⁹⁰.

203. Ces approches globale et cumulative des parts de marché des exportateurs concernés diffèrent de l'approche concurrentielle qui additionne les parts de marché individuelles des membres d'une entente ou collectivise celles des membres d'une entité collective. Mais cette différence ne génère pas, en pratique, de résultats vraiment divergents.

L'opposition entre les deux législations réside dans les différentes relations requises entre les entreprises concernées afin que leurs parts de marchés puissent être

⁷⁸⁸ Pierre DIDIER, « Le Code anti-dumping du cycle de l'Uruguay : impact dans la Communauté », préc. ; spéc. p. 281.

⁷⁸⁹ Pourtant, les règlements de base successifs ne le prévoyaient pas. La prise en compte de cette problématique par le Code antidumping de 1994 et sa transposition dans la législation communautaire doit ainsi être comprise comme la consécration d'une pratique jusqu'alors seulement administrative, validée par la jurisprudence. Dans l'affaire des congélateurs originaires d'Union soviétique, de Yougoslavie et de RDA, la Cour de justice avait en effet validé l'approche cumulative de la Commission et du Conseil, en énonçant que « *lorsque les produits qui font l'objet de dumping proviennent de différents pays, les effets des importations doivent, en principe, être appréciés globalement* » : CJCE, 5 octobre 1988, *Technointorg c/ Commission et Conseil*, aff. jtes. 294/86 et 77/87, *Rec.* p. 6077 (pts 40-42). Pour considérer le cumul approprié, la Commission avait expliqué qu'elle prenait en considération « *la comparabilité des produits importés en termes de caractéristiques physiques, les volumes importés, l'augmentation de ces volumes par rapport à une période de référence, le faible niveau des prix des produits exportés par la totalité des exportateurs en question et la mesure dans laquelle chaque produit importé a concurrencé dans la Communauté le produit similaire de l'industrie communautaire* » ; considérant n° 24 du règlement (CEE) n° 2800/86 de la Commission, du 9 septembre 1986, instituant un droit antidumping provisoire sur les importations de certains congélateurs originaires d'Union soviétique..., *JOCE* L 259, 11 septembre 1986, p. 14 ; considérant approuvé explicitement par le Conseil au considérant n° 14 (*in fine*) du règlement (CEE) n° 29/87, du 22 décembre 1986, instituant un droit antidumping définitif sur les importations de certains congélateurs originaires d'Union soviétique, *JOCE* L 6, 8 janvier 1987, p. 1.

⁷⁹⁰ Article 3, paragraphe 4, du règlement de base. Une double condition quantitative – « *La marge de dumping établie en relation avec les importations en provenance de chaque pays* » doit être « *supérieure au niveau de minimis au sens de l'article 9 paragraphe 3* » et « *le volume des importations en provenance de chaque pays* » doit ne pas être négligeable – et une condition qualitative – l'« *évaluation cumulative des effets des importations* » doit être « *appropriée compte tenu des conditions de concurrence entre les produits importés et des conditions de concurrence entre les produits importés et le produit communautaire similaire* ». Le seuil en deçà duquel le volume des importations est négligeable n'est pas quantifié. La rigueur apparente de cette approche doit être relativisée. Ce cumul ne sert qu'à vérifier la condition de préjudice important. Si elle n'est pas vérifiée, aucune mesure ne pourra être adoptée. Si elle est vérifiée, des mesures pourront être prises dans la limite des marges de dumping et de dommage calculées individuellement.

globalisées, cumulées, additionnées ou collectivisées. Contrairement au droit des ententes qui exige une collusion, et aux règles relatives aux abus de position dominante qui recherchent des liens ou facteurs de corrélation économiques dont il résulte que les entreprises concernées se présentent ou agissent ensemble sur un marché comme une entité collective, la législation antidumping de l'Union, à la suite du droit de l'OMC, se satisfait d'une identité d'origine pour l'approche globale, et d'une vague exigence de justesse du cumul, compte tenu des conditions de concurrence, pour l'approche cumulative. Aucune de ces deux dernières relations n'est comparable à une collusion ou aux liens unissant les membres d'une entité collective. Certes, il ne peut être exclu, qu'en réalité, de telles relations concurrentielles puissent prévaloir entre les exportateurs d'un même pays tiers ; en effet, ces derniers peuvent s'être entendus en vue de l'exportation de leurs produits vers l'Union ; les conditions d'existence d'une entité collective formée par ces exportateurs peuvent, en pratique, être réunies ; et il est envisageable qu'un seul producteur-exportateur qui effectue des exportations en dumping occupe une position dominante. Mais la législation antidumping de l'Union ne recherche ni la conclusion d'un accord, ni une pratique concertée, ni l'adoption d'une décision d'association d'entreprises, ni la formation d'une entité collective ; elle ne requiert pas davantage la constatation d'une position dominante individuelle. Si ces préalables peuvent être découverts dans les éléments factuels de certaines procédures antidumping, ils ne sont jamais recherchés. En outre, ni l'homogénéité des conditions de concurrence prévalant dans un seul et même État – le pays d'exportation –, ni même l'existence de barrières à l'entrée dans cet État, ne sauraient constituer des liens suffisants. *A fortiori*, les relations concurrentielles considérées ne peuvent être présumées pour justifier le cumul des effets des exportations de plusieurs pays tiers.

*

204. Faibles et contestables : ainsi peuvent être qualifiés les rares indices suggérant qu'une exigence de pouvoir de marché minimal pourrait être décelée dans la condition de préjudice important requise par la législation antidumping pour condamner une pratique de dumping. Même à supposer que ces indices puissent révéler l'exigence d'un tel pouvoir, les caractères de ce supposé pouvoir sont tels, en termes de niveaux de parts de marché et de relations entre les entreprises qui le

détiennent, qu'ils invalident toute hypothèse d'une exigence antidumping d'un pouvoir de marché minimal qui pourrait s'approcher de ce qui est en principe vérifié pour les pratiques anticoncurrentielles.

S'agissant des *auteurs* de la pratique appréhendée, la législation antidumping diffère ainsi du droit antitrust à double titre : aucune vérification de la détention d'un pouvoir de marché, similaire à celle généralement effectuée en matière de pratiques anticoncurrentielles, n'est entreprise ; aucun renoncement à l'autonomie d'action sur le marché, comparable à celui constaté en matière d'entente ou d'entité collective n'est requis, nonobstant les conséquences juridiques attachées à la présence de certains liens entre les entreprises impliquées dans le dumping.

CONCLUSION DU CHAPITRE I

205. Les *caractéristiques extrinsèques* des pratiques tarifaires condamnées respectivement par la législation antidumping et le droit antitrust divergent à de nombreux égards, aussi bien s'agissant du contexte dans lequel s'inscrivent les pratiques appréhendées – le ou les *marchés concernés* – qu'à propos des *auteurs* de ces pratiques – liens entre les entreprises impliquées, attestant d'un renoncement à l'autonomie de comportement sur le marché, et/ou pouvoir de marché détenu par elles.

Si les mises en œuvre respectives de ces législations impliquent toutes deux la définition d'un *marché*, leur approche à cet égard différent tant s'agissant de son aspect matériel (le produit) qu'à propos de sa dimension géographique. L'approche essentiellement technique et politique de l'action antidumping contraste avec la démarche économique suivie en matière de pratiques anticoncurrentielles. À cette première divergence relative à la définition du périmètre dans lequel la pratique appréhendée est adoptée et/ou mise en œuvre et/ou produit ses effets, s'en ajoute une seconde concernant les auteurs du comportement visé. L'action antidumping ne vérifie aucune collusion entre les auteurs du dumping, ne recherche pas la détention, seule ou collective, d'un pouvoir de marché prépondérant, alors que le droit antitrust vise des comportements collectifs d'entreprises jouissant d'un pouvoir de marché suffisant pour que le libre jeu de la concurrence puisse être restreint sensiblement et

les pratiques unilatérales d'entreprises dominantes à qui il incombe, en raison de leur puissance sur le marché, une responsabilité particulière de ne pas porter atteinte à la concurrence. Les préoccupations du droit antitrust pour le renoncement d'entreprises à leur autonomie de comportement sur le marché et pour les abus des entreprises dominantes, ne se retrouvent pas dans la législation antidumping. Nonobstant le dépassement des flagrantes différences quant aux notions utilisées en matières antitrust et antidumping, quant aux éléments constitutifs des comportements appréhendés, que nous avons tenté dans ce chapitre par l'examen des caractéristiques extrinsèques des pratiques appréhendées, une conclusion s'impose : des différences nombreuses séparent la législation antidumping et le droit antitrust quant à ces caractéristiques relatives au contexte des pratiques tarifaires visées. Les quelques similitudes mises en évidence, les rares nuances soulignées, n'affaiblissent que faiblement le constat d'une réelle divergence entre ces deux législations dans l'appréhension des pratiques tarifaires, divergence que confirme l'examen, dans le chapitre suivant, des caractéristiques intrinsèques de ces pratiques.

CHAPITRE II – LES DIFFÉRENCES RELATIVES AUX CARACTÉRISTIQUES INTRINSÈQUES

206. À la variété des comportements d'entreprises appréhendés par le droit antitrust⁷⁹¹ s'oppose l'unicité de la pratique condamnée par la législation antidumping. Le dumping consiste à introduire dans un pays d'importation un produit dont le *prix à l'exportation* est inférieur à sa *valeur normale* dans le pays d'exportation⁷⁹². Seule l'introduction de produits sur un marché national⁷⁹³, à l'exclusion des services⁷⁹⁴, peut constituer une pratique de dumping.

L'unicité du dumping doit toutefois être nuancée. La valeur normale, que le prix à l'exportation sous-cote, générant ainsi l'écart de prix condamné, est en principe le prix de vente du produit similaire sur le marché domestique. Dans ce cas, le dumping est une pratique de prix discriminatoires entre les marchés d'exportation et d'importation. Mais la possibilité de construire la valeur normale lui ajoute une seconde dimension qui a pris de l'importance avec l'évolution de la définition de la valeur normale. Le dumping peut alors être une pratique de *vente à l'exportation* à un

⁷⁹¹ Tels que le boycott, le partage ou la répartition de marchés, la fixation de prix, l'imposition de prix minima ou maxima, la discrimination tarifaire, la prédation et les ventes liées, etc.

⁷⁹² Le pays d'exportation est normalement le pays d'origine. Il peut, cependant, s'agir d'un pays intermédiaire : v. article 2.5 du Code antidumping et article 1, paragraphe 3, du règlement de base.

⁷⁹³ Les produits en cause doivent ainsi être importés en vue de leur revente dans l'Union. Dans la mesure où les navires ne sont pas importés en vue de leur revente, il est impossible, en pratique, d'appliquer des droits antidumping lorsque des ventes de navires au-dessous de leur valeur normale causent un préjudice à l'industrie de l'Union. Des règles spéciales ont dû être adoptées. Un *accord sur les conditions normales de concurrence dans l'industrie de la construction et de la réparation navales marchandes* (dit *accord sur la construction navale*), a été conclu, dans le cadre de l'OCDE, le 21 décembre 1994. Était annexé à cet accord un *Code des pratiques préjudiciables en matière de prix dans la construction navale* (annexe III de l'accord sur la construction navale, nommé *code PPP*), essentiellement fondé sur le Code antidumping de 1994. Ce dernier a été transposé dans la législation communautaire par le règlement (CE) n° 385/96 du Conseil, du 29 janvier 1996, relatif à la défense contre les pratiques préjudiciables en matière de prix dans la construction navale, *JOCE* L 56, 6 mars 1996, p. 21. L'accord sur la construction navale n'étant jamais entré en vigueur, le règlement (CE) n° 385/96 n'est jamais devenu applicable (v. article 16 dudit règlement).

⁷⁹⁴ Il n'existe pas, pour les services, de règles antidumping *générales*. L'article IX:1 de l'*Accord général sur le commerce des services* (AGCS ou GATS) (*JOCE* L 336, 23 décembre 1994, p. 190) reconnaît que certaines pratiques commerciales des fournisseurs de services peuvent limiter la concurrence et ainsi restreindre le commerce des services. Cette disposition est présentée comme reconnaissant le problème : v. Pierre DIDIER, *Les principaux accords de l'OMC et leur transposition dans la Communauté européenne, I, Les Instruments de Politique Commerciale, Dumping, Subventions, Sauvegardes - Les marchés publics*, Bruxelles, Bruylant, 1997, 646 p. ; spéc. p. 160-161. En l'absence de règles internationales, la Communauté a adopté des règles en matière de pratiques tarifaires déloyales, respectivement dans les transports maritimes et dans les transports aériens : v. *supra* n° 62.

prix inférieur aux coûts totaux augmentés d'un bénéfice raisonnable. Ce dumping est dit à *perte* alors même qu'il ne s'agit pas d'un prix inférieur aux coûts totaux, mais d'un prix inférieur aux coûts totaux augmentés d'un bénéfice jugé normal. L'expression *vente à l'exportation* est ici employée car, si ce sont les importations en dumping qui sont condamnables lorsqu'elles causent un préjudice important, ce sont les prix des *ventes à l'exportation* qui sont scrutés : en effet, « *un produit est considéré comme faisant l'objet d'un dumping lorsque son prix à l'exportation est inférieur au prix comparable, pratiqué au cours d'opérations commerciales normales, pour le produit similaire dans le pays exportateur* »⁷⁹⁵, autrement dit lorsqu'il est inférieur à la valeur normale⁷⁹⁶.

À ce *dumping discriminatoire* et à ce *dumping à perte*⁷⁹⁷ doivent être confrontées les pratiques anticoncurrentielles tarifaires comparables, afin de souligner les nombreuses dissemblances et les rares similarités entre les premiers et les seconds. Cette comparaison conduit à la constatation d'une asymétrie entre le dumping discriminatoire et les prix discriminatoires anticoncurrentiels (**Section 1**) et d'une absence d'équivalence entre le dumping à perte et les prix bas anticoncurrentiels (**Section 2**).

Section 1 – L'asymétrie entre le dumping discriminatoire et les prix discriminatoires anticoncurrentiels

207. Entre le dumping discriminatoire et les prix discriminatoires anticoncurrentiels, davantage qu'une éventuelle équivalence ou similitude, c'est une éventuelle symétrie ou correspondance qu'il convient de rechercher. La comparaison concerne la condamnation d'une forme de discrimination de prix internationale, d'une part, et la prohibition de prix discriminatoires européens, d'autre part. L'action antidumping européenne ne s'intéresse qu'à la discrimination de prix entre l'Union et les pays tiers

⁷⁹⁵ Article 1, paragraphe 2, du règlement de base.

⁷⁹⁶ Article 2, paragraphe 1, du règlement de base.

⁷⁹⁷ Robert D. WILLIG a proposé la dichotomie entre, d'un côté, les formes de *dumping discriminatoire* (*price discrimination dumping*), catégorie dans laquelle entre les dix formes de dumping précédemment identifiées par Jacob Viner, et, de l'autre côté, les formes de *dumping à perte* (*below-cost dumping*) : v. « Anti-Dumping Policy : Protecting of Suppliers and Protecting of Competition », *mimeo*, Princeton University, 1992, 46 p.

– *i.e.* entre marchés nationaux –, tandis que le droit antitrust de l'Union est en premier lieu concerné par les discriminations de prix dans le marché intérieur – soit à l'intérieur d'un seul marché pertinent, soit entre deux marchés en cause. D'où la recherche d'une symétrie entre discrimination internationale et discrimination interne, *interne* ayant ici le sens d'*intra-européenne*. De même que le terme *dumping* désigne une pratique commerciale et non seulement un prix, l'expression *prix discriminatoires* recouvre l'ensemble des agissements anticoncurrentiels comportant une discrimination de prix.

Ainsi la pratique nommée *dumping*, dans sa forme discriminatoire originelle (§ I.), doit-elle être comparée aux pratiques anticoncurrentielles regroupées sous l'expression *prix discriminatoires* (§ II.).

§ I. Le dumping discriminatoire

208. Le caractère discriminatoire du dumping est patent à la lecture de l'article 1^{er} du règlement de base⁷⁹⁸, en substance identique, à cet égard, à l'article VI du GATT, précisé par l'article 2 du Code antidumping⁷⁹⁹. Selon la définition contenue dans ces dispositions, un écart de prix non justifié doit être constaté entre deux marchés nationaux. Le prix pratiqué sur le marché d'importation doit être plus bas que celui constaté dans le pays d'exportation.

Ainsi, le dumping discriminatoire est une discrimination de prix unidirectionnelle entre deux marchés nationaux⁸⁰⁰ (A.), caractérisée par un écart injustifié entre le prix d'un produit sur le marché domestique et le prix à l'exportation d'un produit similaire (B.).

⁷⁹⁸ L'article 1, paragraphe 2, du règlement de base dispose : « *Un produit est considéré comme faisant l'objet d'un dumping lorsque son prix à l'exportation vers la Communauté est inférieur au prix comparable, pratiqué au cours d'opérations commerciales normales, pour le produit similaire dans le pays exportateur* ».

⁷⁹⁹ L'article 2.1 du Code antidumping dispose : « *Aux fins du présent accord, un produit doit être considéré comme faisant l'objet d'un dumping, c'est-à-dire comme étant introduit sur le marché d'un autre pays à un prix inférieur à sa valeur normale, si le prix à l'exportation de ce produit, lorsqu'il est exporté d'un pays vers un autre, est inférieur au prix comparable pratiqué au cours d'opérations commerciales normales pour le produit similaire destiné à la consommation dans le pays exportateur* ».

⁸⁰⁰ Ce caractère *unidirectionnel* est aussi une caractéristique du dumping à *perte*. Mais ce ne sont plus deux prix qui sont considérés, mais un prix (à l'exportation) et une valeur (sur le marché domestique), le premier étant inférieur à la seconde (et jamais l'inverse, d'où le caractère unidirectionnel).

A. Une discrimination de prix unidirectionnelle entre deux marchés nationaux

209. Le dumping n'est qu'une forme de discrimination de prix parmi d'autres.

En premier lieu, c'est une discrimination de prix géographique et transnationale. L'écart de prix est mesuré entre deux *pays*⁸⁰¹. La discrimination de prix repose sur une différenciation entre deux marchés *politiques* et non *économiques*. L'adjectif *économique* ici employé vise le *marché pertinent* du droit de la concurrence (le *marché concurrentiel*) ; le qualificatif *politique* est attribué au *marché commercial* identifié en matière antidumping⁸⁰².

Selon la classification des prix discriminatoires établie par l'économiste Arthur Cecil Pigou⁸⁰³, le dumping est une forme de *discrimination de prix de troisième degré*. Ne constitue pas un dumping la pratique de discrimination de prix entre deux marchés économiques situés à l'intérieur d'un seul et même pays. Ne constitue pas davantage

⁸⁰¹ Le concept de *prix préjudiciable* utilisé dans le règlement (CE) n° 385/96, préc., se distingue de celui de *dumping* : en matière de prix dans la construction navale, sont comparés des prix entre acheteurs de nationalités différentes (acheteurs domestiques et acheteurs étrangers), et non des prix pratiqués sur deux marchés nationaux différents (marché domestique et marché étranger).

⁸⁰² V. *supra* n° 141 pour la distinction énoncée entre *marché concurrentiel* et *marché commercial*.

⁸⁰³ Cet économiste a distingué trois formes économiques de discriminations de prix : Arthur Cecil PIGOU, *The Economics of Welfare*, London, Macmillan & Co. Ltd, 1920, 976 p.

Sur cette distinction, v. Simon BISHOP et Mike WALKER, *The Economics of EC Competition Law : Concepts, Application and Measurement*, 3^{ème} éd., Londres, Sweet & Maxwell, 2010, 793 p. ; spéc. § 6-029, p. 251 ; v., également, Damien GERADIN et Nicolas PETIT, « Price Discrimination under EC Competition Law : The Need for a case-by-case Approach », GCLC Working Paper 07/05, 47 p.

Ces trois formes de discriminations de prix peuvent être ainsi présentées :

- la *discrimination de prix de premier degré (first degree price discrimination)* est une pratique qui consiste à proposer un prix différent pour chaque unité de produit/service à des clients disposés à payer des prix différents, parce qu'ils sont animés de préférences différentes ou parce qu'ils jouissent de pouvoirs de marché différents. Les prix des billets d'avion, des séjours touristiques, sont des exemples courants d'une telle forme de discrimination. Elle serait, en pratique, très improbable parce que les clients ont la possibilité d'adopter des pratiques d'arbitrage et qu'elle suppose, de la part du discriminant, une parfaite connaissance du prix que chaque client est prêt à payer, connaissance impossible à acquérir sur la plupart des marchés ;

- la *discrimination de prix de second degré (second degree price discrimination)*, qui est la plus commune, est la variation du prix unitaire avec la quantité achetée (remises de volume ou rabais de quantité). En constitue un exemple la tarification forfaitaire pour l'accès au réseau couplée à une tarification unitaire pour chaque unité consommée : le prix moyen d'une même unité de produit décroît avec l'augmentation du nombre d'unités consommées ;

- la *discrimination de prix de troisième degré (third degree price discrimination)* apparaît lorsqu'une entreprise répartit ses clients entre plusieurs catégories (selon l'âge, le sexe, etc.), entre plusieurs marchés (localisation des clients), chaque catégorie étant caractérisée par une élasticité de la demande différente, chaque marché se distinguant par des caractéristiques propres de la demande. En effet, certaines catégories d'acheteurs peuvent être moins sensibles aux prix que d'autres (prix des billets d'avion selon la flexibilité des clients). Pour qu'une politique de discrimination de prix de troisième degré soit efficace, l'entreprise qui y recourt doit être en mesure d'empêcher les tiers de se lancer dans des importations parallèles. Elle doit pouvoir s'émanciper de l'arbitrage de tiers qui s'approvisionneraient sur le marché/segment de marché où le prix est plus bas pour revendre sur celui où le prix est plus élevé.

un dumping la discrimination de prix pratiquée entre des clients situés sur un seul et même marché, qu'il soit politique ou économique, sauf, dans ce dernier cas, si un marché économique unique recouvre plusieurs marchés politiques – et que la différence de prix intervient entre ces derniers. Ainsi le dumping peut-il être constaté sur un marché économique de dimension mondiale⁸⁰⁴.

L'exigence que la discrimination de prix ait lieu entre deux *pays* signifie, dans le cadre de la discipline antidumping de l'OMC, que la discrimination doit normalement avoir lieu entre deux États. Elle peut, cependant, également intervenir entre un État et un territoire douanier Membre de l'OMC ou entre de tels territoires, puisqu'ils sont inclus dans la notion de *pays*⁸⁰⁵.

Ainsi, dans le cas de l'Union européenne, constitue une pratique de dumping la discrimination de prix mise en œuvre entre son territoire⁸⁰⁶ et celui d'un pays tiers⁸⁰⁷.

Un tel aspect transnational est un caractère immuable de la notion de dumping. Le dumping intracommunautaire, visé par l'ancien article 91 CE, abrogé par le traité d'Amsterdam mais inappliqué et inapplicable depuis la fin de la période de transition

⁸⁰⁴ Certes, des conditions de concurrence différentes entre les deux marchés nationaux sont généralement nécessaires pour que le dumping puisse être mis en œuvre. Mais :

- sur un marché économique (ou marché pertinent) de dimension mondiale, des pratiques des entreprises du pays d'exportation peuvent cloisonner leur marché national et ;

- la définition du marché pertinent « géographique n'exige pas que les conditions objectives de concurrence soient parfaitement homogènes, mais uniquement qu'elles soient "similaires" ou "suffisamment homogènes" » (TPICE, 21 octobre 1997, *Deutsche Bahn AG c/ Commission*, aff. T-229/94, *Rec. p.* II-1689, pt 92) et l'imparfaite homogénéité pourrait suffire à permettre la pratique du dumping.

⁸⁰⁵ V. *Notes explicatives de l'Accord de Marrakech instituant l'Organisation Mondiale du Commerce*, in : *Les textes juridiques – Résultats des Négociations commerciales multilatérales du Cycle d'Uruguay*, préc. ; ici p. 17 : « Le terme "pays" tel qu'il est utilisé dans le présent accord et dans les Accords commerciaux multilatéraux doit être interprété comme incluant tout territoire douanier distinct Membre de l'OMC. S'agissant d'un territoire douanier distinct Membre de l'OMC, dans les cas où le qualificatif "national" accompagnera une expression utilisée dans le présent accord et dans les Accords commerciaux multilatéraux, cette expression s'interprétera, sauf indication contraire, comme se rapportant à ce territoire douanier ».

⁸⁰⁶ V. l'article 4.3 du Code antidumping qui prévoit que, « [d]ans les cas où deux pays ou plus sont parvenus, dans les conditions définies au paragraphe 8 a) de l'article XXIV du GATT de 1994, à un degré d'intégration tel qu'ils présentent les caractéristiques d'un marché unique, unifié, la branche de production de l'ensemble de la zone d'intégration sera considérée comme constituant la branche de production nationale visée au paragraphe 1 ».

⁸⁰⁷ Que ce pays tiers soit ou non un Membre de l'OMC, puisque le règlement de base ne distingue pas les pays membres des pays non membres.

(en 1968), était également une pratique de discrimination de prix entre deux États, en l'occurrence deux États membres de la Communauté européenne⁸⁰⁸.

210. En second lieu, le dumping est une pratique de discrimination de prix unidirectionnelle. La discrimination de prix appréhendée est à sens unique. Des deux valeurs comparées, la plus basse correspond au *prix à l'exportation* et la plus élevée au prix – ou *valeur normale* – sur le marché domestique. Vendre à l'exportation à un prix plus élevé que celui pratiqué sur le marché domestique constitue certes une discrimination de prix transnationale, mais pas une pratique de dumping. Le dumping est normalement constaté entre le marché d'origine et le marché d'importation. Mais le pays exportateur peut être un pays intermédiaire, sauf si ce dernier est inadéquat pour établir la valeur normale⁸⁰⁹.

Ce *sens* de la discrimination, retenu par la plupart des premières législations antidumping et par le GATT, puis le droit de l'OMC, n'était pas un élément de la définition générale du dumping proposée par Jacob Viner en 1923⁸¹⁰. En le définissant comme une « *discrimination de prix entre marchés nationaux* », ou comme une « *discrimination de prix entre acheteurs opérant sur des marchés nationaux différents* »⁸¹¹, il visait trois formes distinctes de discriminations de prix internationales. Outre le *dumping à l'endroit* consistant à vendre à l'exportation moins cher que sur le marché domestique, que Jacob Viner reconnaissait être le type le plus courant, sa définition englobait deux formes plus rares : le *dumping à l'envers* (*reverse dumping*) et la discrimination des prix à l'exportation pratiqués vers deux marchés nationaux⁸¹².

⁸⁰⁸ V. Thiébaud FLORY, « Commentaire de l'article 91 du traité CE », in : Vlad CONSTANTINESCO, Jean-Paul JACQUÉ, Robert KOVAR et Denys SIMON (dir.), *Traité instituant la CEE, Commentaire article par article*, Paris, Economica, 1992, 1648 p., p. 485-487. V. également *supra* n° 69.

⁸⁰⁹ Article 1, paragraphe 3, du règlement de base.

Article 1, paragraphe 1, du règlement de base, qui donne comme exemples d'une telle situation : « *lorsque les produits transitent par ce pays, lorsque les produits concernés n'y sont pas fabriqués ou lorsqu'il n'existe pas de prix comparable pour ces produits dans ce pays* ».

⁸¹⁰ Jacob VINER, *Dumping : A Problem in International Trade*, New York, Augustus M. Kelley c Publishers, 1966 (réimpr. 1923), 381 p.

⁸¹¹ *Ibid.* ; ici p. 3 : « *price discrimination between national markets* » ; et p. 4 : « *price discrimination between purchasers in different national markets* ».

⁸¹² *Ibid.* ; spéc. p. 4-5.

211. Dans la première forme rare – le dumping à l’envers –, c’est le marché domestique du vendeur qui est le terrain du dumping puisque les prix les plus élevés sont demandés aux acheteurs sur les marchés étrangers⁸¹³.

Si les définitions du dumping dans l’encadrement multilatéral et dans la législation de l’Union ne visent qu’une seule des deux faces de la discrimination de prix internationale, il est possible de déceler dans la mise en œuvre des règles de détermination de la valeur normale un moyen d’appréhender des situations de dumping à l’envers⁸¹⁴. Ne sont visées que les ventes à l’exportation à un prix inférieur à une valeur normale, correspondant en principe au prix pratiqué sur le marché domestique, mais qui est cependant construite dans certains cas. Or, l’établissement de cette valeur par construction permet, dans les faits, d’appréhender des situations de *reverse dumping*⁸¹⁵. Ainsi, bien qu’unidirectionnel en droit, le dumping peut exceptionnellement être à l’envers dans les faits. Si dans la vie économique internationale, des situations de dumping à l’envers peuvent être constatées⁸¹⁶, la conception juridique étroite du dumping⁸¹⁷ ne permet pas de les appréhender. Cette conception unidirectionnelle traduit les préoccupations des États à l’endroit des importations : seuls les prix discriminatoires *bas* qui, par cette dernière singularité, gênent les industries domestiques, sont préoccupants. Les prix discriminatoires *élevés*

⁸¹³ Jacob VINER rapportait des circonstances particulières ayant occasionné un tel dumping : il citait, alors, l’exemple des exportations canadiennes de ferrosilicium vers les USA, en 1918-1919, à prix supérieurs de 20 à 40 % aux prix canadiens, ainsi fixés pour contourner la législation douanière américaine imposant un droit de douane assis sur le prix canadien, et non le prix de vente à l’exportation. Il expliquait, plus généralement, qu’il pouvait survenir lorsque le marché domestique est peu important en comparaison avec le marché étranger (v. Jacob VINER, *Dumping : A Problem in International Trade*, *op. cit.* ; p. 6-7).

⁸¹⁴ V. les développements plus complets sur la notion de *valeur normale* se trouvent *infra* n° 288 et s.

⁸¹⁵ À titre d’exemplification de ce phénomène, supposons la situation suivante : imaginons un prix domestique réel du produit considéré de 50 €. Ce prix est inférieur aux coûts. Pour cette raison, il est écarté. La valeur normale est alors construite. Elle est calculée comme étant de 100 €. Le prix à l’exportation constaté est de 75 €. Une marge de dumping de 25 € peut alors être établie. Une pratique de dumping est constatée alors qu’en apparence, c’est sur le marché domestique que le prix le plus bas est pratiqué. La discrimination de prix appréhendée constitue bien, juridiquement, un dumping à l’endroit. Mais, dans les faits, il s’agit d’un dumping à l’envers.

⁸¹⁶ L’affaire *Micro Leader Business* en offre un exemple : la société Microsoft pratiquait des prix plus faibles sur le marché canadien que sur le marché communautaire. Le Tribunal de première instance estima qu’une telle pratique pouvait être abusive, dès lors que les prix communautaires étaient excessifs et, dans ce cas, être sanctionnée par le droit antitrust communautaire : TPICE, 19 décembre 1999, *Micro Leader c/ Commission*, aff. T-198/98, *Rec. p.* II-3989 (v. pt 51).

⁸¹⁷ La conception étroite de la notion de dumping excluant le dumping à l’envers ne peut que partiellement s’expliquer par la nature de la réponse antidumping. En effet, si l’imposition de droits antidumping apparaît inadaptée à la neutralisation d’un dumping à l’envers, l’acceptation d’engagements de prix permettrait de faire disparaître la discrimination de prix.

sur le marché d'importation ne méritent pas l'adoption d'une législation spécifique, l'application du droit antitrust étant, à leur égard, considérée suffisante.

212. La seconde forme rare de dumping identifiée par Jacob Viner apparaissait lorsque, pour le produit considéré, le marché domestique était inexistant ou d'une très faible importance et lorsque la véritable discrimination de prix se situait entre acheteurs opérant sur des marchés d'importation distincts⁸¹⁸. Dans un tel cas, la discrimination de prix est réalisée entre deux marchés nationaux d'importation, et non entre le marché domestique – ou marché d'exportation – et un marché d'importation. Puisqu'en droit positif, le dumping est une discrimination de prix entre le marché d'exportation et le marché d'importation, cette forme n'est pas visée. Cependant, lorsque le prix domestique sur le marché d'exportation ne peut être utilisé, la valeur normale peut être établie sur la base du prix à l'exportation vers un pays tiers, autrement dit vers un second marché d'importation. Dans une telle situation, le dumping correspond à la vente vers un marché d'importation à un prix inférieur à celui pratiqué à l'occasion de ventes sur un second marché d'importation, distinct du premier, et non pas à un prix inférieur au prix sur le marché domestique – ou marché d'exportation.

B. Un écart injustifié entre valeur sur le marché domestique et prix à l'exportation

213. La constatation d'une pratique de dumping implique la comparaison de deux valeurs : la *valeur normale* et le *prix à l'exportation*. Aux termes de l'actuel règlement de base, conformément à la discipline antidumping multilatérale, un produit est considéré comme faisant l'objet d'un dumping lorsque son prix à l'exportation vers l'Union est inférieur à la valeur normale d'un produit similaire dans le pays exportateur.

C'est, en principe, la différence des prix pratiqués entre le marché d'origine et le marché d'exportation qui caractérise le dumping, le prix pratiqué sur le second étant appelé *valeur normale*. La méthode de principe d'établissement de cette valeur

⁸¹⁸ V. Jacob VINER, *Dumping : A Problem in International Trade*, op. cit. ; spéc. p. 4-5.

normale est le prix domestique⁸¹⁹. Par exception, elle est écartée au profit de l'une des deux méthodes alternatives⁸²⁰ : le prix à l'exportation vers un troisième pays et la valeur construite. Lorsqu'il est fait recours à cette seconde méthode alternative, il n'est plus question d'une comparaison entre deux prix, mais d'une confrontation entre une valeur théorique et un prix réel.

À cette valeur normale, réelle ou théorique, est soustrait le prix à l'exportation. De cette opération se dégage l'écart de prix/valeurs, caractéristique du dumping, appelé *marge de dumping*. Le prix à l'exportation est, en droit antidumping européen, le prix pratiqué au départ du producteur étranger pour l'exportation. C'est le prix au départ, ainsi que le décrit l'expression « *prix [...] pour le produit vendu à l'exportation vers la Communauté* »⁸²¹, désormais vers l'Union.

214. L'écart de valeurs, résultant de la soustraction du prix à l'exportation à la valeur normale, est condamnable s'il n'est pas négligeable et s'il est injustifié.

Quant à l'exigence d'ampleur minimale de l'écart, elle résulte de l'article 9, paragraphe 3, du règlement de base qui, à la suite de l'article 5.8 du Code antidumping, impose la clôture des procédures antidumping lorsque la marge de dumping, en pourcentage des prix à l'exportation, est inférieure à 2%.

⁸¹⁹ Ce caractère principal de la méthode du prix domestique résulte des termes de l'article VI du GATT et de l'article 2, paragraphe 1, du règlement de base.

⁸²⁰ Ces deux méthodes sont expressément prévues par l'article VI du GATT et par l'article 2, paragraphe 3, du règlement de base.

⁸²¹ L'article 2, paragraphe 8, du règlement de base dispose, *in extenso* : « *Le prix à l'exportation est le prix payé ou à payer pour le produit vendu à l'exportation vers la Communauté* » (soulignement ajouté). La conception européenne du prix à l'exportation que traduirait l'adverbe « *vers* » serait contraire à celle suggérée par l'article 2, paragraphe 1, du Code antidumping – l'article VI du GATT n'étant, sur ce point, d'aucune utilité. Pierre DIDIER considère que cette disposition du Code « *suggère que le prix à l'exportation, ou du moins la base de départ de son calcul, est le prix d'introduction ou, en d'autres termes, le prix applicable lors de la présentation en douane* » (« Le Code anti-dumping du cycle de l'Uruguay : impact dans la Communauté », *CDE*, 1994, p. 251-326 ; spéc. p. 265, soulignement ajouté).

Mais une lecture contraire nous semble possible, plusieurs expressions du Code antidumping semblant privilégier la notion de prix au départ. Ainsi l'article 2, paragraphe 1, lui-même, énonce qu'« *[a]ux fins du présent accord, un produit doit être considéré comme faisant l'objet d'un dumping, [...], si le prix à l'exportation de ce produit, lorsqu'il est exporté d'un pays à un autre* » (soulignement ajouté). S'y ajoute le paragraphe 2 du même article, s'agissant du calcul de la valeur normale par référence à la méthode du prix comparable à l'exportation vers un pays tiers : « *la marge de dumping sera déterminée par comparaison avec un prix comparable du produit similaire lorsque celui-ci est exporté à destination d'un pays tiers approprié* » (soulignement ajouté) ; ainsi que le paragraphe 5, s'agissant de la situation dans laquelle les produits ne sont pas exportés directement depuis le pays d'origine mais via un pays intermédiaire : « *le prix auquel les produits sont vendus au départ du pays d'exportation vers le Membre importateur* » (soulignement ajouté). Ces querelles conceptuelles sont, en tout état de cause, sans incidence quant à la conception du dumping. En effet, par le jeu des ajustements, doit être comparé à la valeur normale un prix à l'exportation ajusté au même stade commercial.

La condition d'absence de justifications ressort, quant à elle, de l'exigence de comparaison équitable entre les deux valeurs déterminées. Développant les termes de l'article VI du GATT, l'article 2.4 du Code antidumping exige que la comparaison entre la valeur normale et le prix à l'exportation soit équitable⁸²². Elle doit être effectuée au même niveau commercial, celui-ci étant normalement le stade sortie d'usine, entre des ventes les plus contemporaines possibles et en tenant compte, au moyen d'ajustements, de toutes les différences affectant la comparabilité des prix/valeurs⁸²³. Les frais d'exportation (transport et autres) ne sont pas pris en compte⁸²⁴.

215. Si la discipline antidumping multilatérale et le règlement de base ne prévoient explicitement aucun moyen de défense permettant de justifier une différenciation de prix établie *prima facie*, certaines justifications paraissent inhérentes au mécanisme de l'ajustement des prix/valeurs déterminés mis en œuvre préalablement à la comparaison génératrice de la marge de dumping condamnable. Ainsi, une différenciation de prix motivée par des différences de rabais et remises, notamment de quantité, directement liés aux ventes considérées, ne constituera pas un dumping. De même, une variation de prix expliquée par des différences dans les caractéristiques physiques des produits comparés ne sera pas condamnable. Le

⁸²² L'établissement de la marge de dumping est exposé plus en détail *infra* n° 325.

⁸²³ V. l'article 2, paragraphe 10, du règlement de base. L'existence d'un dumping résulte, ainsi, du constat d'une différence de prix à des stades commerciaux identiques dans les deux pays impliqués. Cette conception du dumping diffère d'une autre, retenue par l'une des premières législations antidumping, la britannique *Safeguarding of Industries Act* de 1921. Jacob Viner critiquait cette législation, semblable à aucune autre : Rainer M. BIERWAGEN, *GATT Article VI and the Protectionist Bias in Anti-Dumping Laws*, Deventer-Boston, Kluwer Law and Taxation Publishers, Studies in transnational economic laws (coll.), vol. 7, 1990, 402 p. ; « Chapter V - Price discrimination in Competition Law and Anti-Dumping », p. 113-155 ; spéc. p. 118). Jacob VINER expliquait qu'elle définissait le dumping comme la vente de produits importés à un prix inférieur au prix pratiqué sur le marché d'exportation, ce premier prix – prix de vente dans le pays d'importation – incluant, outre le prix de vente à l'exportation, les frais de transport, de stockage, d'assurance... les droits de douanes et le bénéfice de l'importateur. Une telle définition ne permettait la constatation d'un dumping que lorsque le prix de vente sur le marché d'importation, incluant les coûts d'importation, était encore inférieur au prix de vente domestique, lequel, par définition, s'il peut refléter des coûts de distribution, n'intègre pas ces coûts spécifiques. Pour Jacob Viner, une telle pratique était sans rapport avec ce qu'il appelait « *dumping* » (*Dumping : A Problem in International Trade*, *op. cit.* ; spéc. p. 21-22).

⁸²⁴ La définition du dumping retenue par la discipline antidumping de l'OMC et par la législation de l'Union ignore l'idée de péréquation des frais de transport sur l'ensemble des produits vendus sur tous les marchés nationaux concernés, domestique et d'exportation (celui où le produit est exporté). Elle refuse, également, aux exportateurs le droit de vendre à l'exportation à un prix inférieur dans la seule proportion des autres coûts spécifiques à l'opération d'exportation elle-même. Ainsi, les prix à l'exportation ne pourront être inférieurs aux prix domestiques que si l'importance des commandes suffit, par la réduction générée, à compenser les coûts spécifiques d'exportation.

processus d'ajustement peut cependant faire ressortir une discrimination de prix qui n'apparaissait pas des seuls prix pratiqués, permettant ainsi d'appréhender le *dumping caché (concealed dumping)*⁸²⁵.

En résumé, l'exigence d'une comparaison tenant compte des différences entre les ventes dont les prix sont comparés, permet de ne viser que le *dumping véritable (genuine dumping)* et d'éviter la condamnation du *faux dumping (spurious dumping)*.

216. En revanche, plusieurs justifications sont exclues. La différenciation tarifaire ne peut être justifiée par une différence au niveau de l'élasticité des prix entre les deux marchés nationaux concernés, ainsi que les institutions européennes l'ont décidé et jugé à l'occasion de l'affaire de l'*aspartame originaire des États-Unis et du Japon*⁸²⁶.

⁸²⁵ Les prix sont identiques mais, par exemple, pour des quantités différentes, ou selon des conditions de vente différentes.

⁸²⁶ Dans cette affaire, une justification de l'écart de prix par une différence au niveau de leur élasticité sur les deux marchés concernés était avancée dans le cadre d'une contestation relative au choix de la méthode de calcul de la valeur normale. Les entreprises soupçonnées puis convaincues de dumping (NutraSweet Company Ltd et Ajinomoto Co Ltd et leurs sociétés apparentées) soutenaient que la valeur normale aurait dû être construite puisque les prix intérieurs ne pouvaient être valablement comparés aux prix à l'exportation. Elles soutenaient que les consommateurs américains étaient davantage vigilants sur le plan de leur santé et préféraient par conséquent utiliser l'aspartame. En outre, elles prétendaient que le marché de l'aspartame s'était développé plus tard en Europe qu'aux États-Unis d'Amérique, le produit étant ainsi sans doute moins connu des consommateurs de la Communauté. Enfin, elles remarquaient que le marché américain se distinguait du marché communautaire par l'expiration du brevet protégeant l'aspartame sur ce dernier seulement : règlement (CEE) n° 3421/90 de la Commission, du 26 novembre 1990, imposant un droit antidumping provisoire sur les importations d'aspartame originaires du Japon et des États-Unis d'Amérique, *JOCE* L 330, 29 novembre 1990, p. 16 (paragraphe 12 à 19). La Commission, approuvée par le Conseil par des motifs succincts, reconnut l'existence de cette différence d'élasticité résultant des préférences des consommateurs et de la maturité des marchés, mais répondit que « [la] différence dans l'élasticité des prix est d'ailleurs une condition préalable de la différenciation des prix et [que] s'il fallait la compenser, le dumping ne pourrait jamais être sanctionné » : règlement (CEE) n° 3421/90, préc. (paragraphe 16) ; règlement (CEE) n° 1391/91 du Conseil, du 27 mai 1991, instituant un droit antidumping définitif sur les importations d'aspartame originaire du Japon et des États-Unis d'Amérique, *JOCE* L 134, 29 mai 1991, p. 1 (paragraphe 8). La Commission refusa également qu'une différence de prix résultant de la protection du produit par un brevet sur le marché domestique puisse échapper à la réglementation antidumping : règlement (CEE) n° 3421/90, préc. (paragraphe 18).
Devant le Tribunal, s'appuyant sur l'existence d'un brevet aux États-Unis pour démontrer que les structures des marchés américains et communautaires étaient différentes, Ajinomoto et NutraSweet soutenaient que la comparaison des prix pratiqués sur le marché des États-Unis avec les prix à l'exportation ne pouvait être valable. Le juge communautaire a répondu qu'« (e)n tant que tels, les critères de la structure du marché ou du degré de concurrence ne sont pas déterminants pour retenir la méthode de la valeur normale construite plutôt que celle de la valeur normale fondée sur des prix réels, si ceux-ci sont le résultat des forces du marché. En effet, ainsi que la Commission l'a considéré dans son règlement (point 16 des considérants, confirmé par le point 8 des considérants du règlement du Conseil), une "différence dans l'élasticité des prix entre le marché américain et le marché communautaire" est "une condition préalable de la différenciation des prix" et, s'il fallait en tenir compte, "le dumping ne pourrait jamais être sanctionné" » : TPICE, 18 décembre 1997, *Ajinomoto Co., Inc. et The NutraSweet Company c/ Conseil*, aff. jtes T-159/94 et T-160/94, *Rec.* p. II-2461 (pt 127).

Elles ont souligné que cette différence est, précisément, une circonstance qui rend possible le dumping.

Elle ne peut davantage être justifiée par l'alignement sur les prix de l'industrie de l'Union. L'auteur du dumping ne peut échapper à la réaction antidumping en arguant qu'il vend à l'exportation à des prix inférieurs à ceux pratiqués sur son marché domestique pour s'aligner sur les prix des producteurs européens.

217. La constatation d'une pratique de dumping est, en droit de l'Union comme en droit de l'OMC, indifférente à des circonstances telles que l'environnement économique dans lequel elle s'inscrit ou la stratégie mise en œuvre par les producteurs-exportateurs en cause. Ainsi, le dumping est une pratique tarifaire sanctionnée de manière autonome. Aucune intention spécifique de ceux qui y recourent n'est requise⁸²⁷. Par ailleurs, si des auteurs soulignent que certaines conditions économiques sont nécessaires pour que le dumping puisse exister dans les faits, aucune ne doit être vérifiée pour qu'une situation de dumping puisse être juridiquement constatée⁸²⁸.

*

218. Géographique car transnationale, la discrimination tarifaire *commerciale* que constitue le dumping est unidirectionnelle et politique. Elle est mise en œuvre entre deux marchés géographiques *politiques* et ce caractère *géographique* de la pratique

La Cour a rejeté le pourvoi formé par Ajinomoto et NutraSweet : CJCE, 3 mai 2001, *Ajinomoto Co., Inc. et The NutraSweet Company c/ Conseil et Commission*, aff. jtes C-76/98 P et C-77/98 P, *Rec.* p. I-3223. Son rejet de la thèse des requérantes s'appuie strictement sur l'interprétation des circonstances permettant de déroger à la méthode principale de détermination de la valeur normale. Les motifs de l'arrêt ne nous semblent pas contenir une prise de position sur la possibilité de justifier un écart de prix par des différences dans l'élasticité des prix entre les marchés nationaux concernés.

⁸²⁷ Dans l'affaire *NutraSweet*, le Tribunal a ainsi souligné que « [l]e texte du règlement de base ne subordonne pas l'institution de droits antidumping à une quelconque autre raison qu'une différenciation préjudiciable des prix pratiqués sur le marché domestique (en l'occurrence, le marché des États-Unis), d'une part, et sur le marché d'exportation (en l'occurrence, le marché communautaire), d'autre part » : TPICE, 18 décembre 1997, *Ajinomoto Co., Inc. et The NutraSweet Company c/ Conseil*, préc. (pt 126).

⁸²⁸ V., par exemple, s'agissant de ces conditions, Hans-F. BESELER et A. Neville WILLIAMS, *Anti-Dumping and Anti-Subsidy Law : the European Community*, Londres, Sweet & Maxwell, 1986, 438 p. ; spéc. p. 41 ; v., également, conclusions de l'avocat général LEGER sous CJCE, 3 mai 2001, *Ajinomoto Co., Inc. et The NutraSweet Company c/ Conseil et Commission*, aff. jtes C-76/98 P et C-77/98 P, préc. (pt 48).

appréhendée est invariablement vérifié puisque, par définition, le dumping est une pratique commerciale transnationale.

En retenant du terme marché son acception concurrentielle, le dumping peut être soit une discrimination de prix transnationale inter-marchés, lorsque les pays exportateur et importateur n'appartiennent pas au même marché géographique, soit une discrimination de prix transnationale intra-marché, lorsque ces deux pays font partie d'un seul et même marché géographique. Cette dernière remarque, épilogue des développements consacrés au dumping discriminatoire, situe le dumping par rapport au concept concurrentiel de marché pertinent et permettra de distinguer, à l'issue de l'exposé des prix discriminatoires anticoncurrentiels, ceux à propos desquels une symétrie avec le dumping discriminatoire pourrait être envisagée.

§ II. Les prix discriminatoires anticoncurrentiels

219. La discrimination tarifaire, fréquente et banale dans la vie des affaires, n'est pas immunisée contre les interventions du droit antitrust de l'Union. Parangon des discriminations⁸²⁹, elle apparaît lorsqu'une entreprise fixe, sans justifications objectives, des prix⁸³⁰ différents pour des produits ou services identiques ou, à l'inverse, lorsqu'elle pratique des prix identiques pour des produits ou prestations différentes⁸³¹. Elle intervient soit sur un seul marché pertinent, soit entre deux marchés en cause.

⁸²⁹ En effet, « [u]ne des formes les plus fréquentes de la discrimination est celle qui porte sur les prix » : Michel WAELBROECK et Aldo FRIGNANI, *Le droit de la CE, Volume 4 - Concurrence, Commentaire J. MEGRET*, 2^{ème} éd., *op. cit.* ; ici p. 611.

Aux objets et modalités variés, les discriminations sont présentées comme exemples de pratiques anticoncurrentielles par les articles 101 et 102 TFUE.

⁸³⁰ Les prix d'achat comme les prix de vente peuvent être discriminatoires.

⁸³¹ Bien que les dispositions des traités ne visent explicitement que le *recto* de la discrimination – *i.e.* l'application de conditions inégales à des prestations équivalentes – très tôt la Cour de justice a eu l'occasion de mettre en lumière le *verso* : l'application de conditions égales à des prestations différentes ; CJCE, 17 juillet 1963, *Italie c/ Commission*, aff. 13/63, *Rec.* p. 337 (à propos de l'article 226 CEE, aujourd'hui abrogé) ; v., dernièrement, CJUE, 27 mars 2012, *Post Danmark A/S*, aff. C-209/10, non encore publié au *Rec.* (pt 30). Ce *verso*, ou seconde facette de la discrimination en général et des prix discriminatoires en particulier, plus rare que le *recto*, peut être décelé dans les pratiques de prix globaux pour plusieurs produits ou services distincts (*inclusive pricing* ou *bundled pricing*), constatées dans les décisions *Napier Brown* (décision n° 88/518/CEE de la Commission, du 18 juillet 1988, relative à une procédure d'application de l'article 86 du traité CEE (IV/30.178 – *Napier Brown – British Sugar*), *JOCE* L 284, 19 octobre 1988, p. 41) et *Van den Bergh Foods*. Des auteurs y voient une pratique à la fois de vente liée et de prix discriminatoire (Carles ESTEVA MOSSO, Stephen A. RYAN, Svend ALBAEK et Maria Luisa TIerno CENTELLA, « Chapter 4 : Article 82 », in : Jonathan FAULL et Ali NIKPAY (éds.), *The EC Law of Competition*, 2^{ème} éd., New-York, Oxford

En préambule aux développements suivants, une délimitation du champ des pratiques prises en considération doit être effectuée. L'expression *prix discriminatoires* recouvre un grand nombre de pratiques distinctes qui peuvent être ventilées entre prix discriminatoires *directs* d'une part, et *indirects* d'autre part : chez les premiers, la discrimination est *directe* car elle constitue l'objet, et non seulement un effet, de la pratique en cause, par contraste avec les seconds où elle est davantage le résultat de la pratique que son objet même. Les rabais, remises et ristournes, réunis sous le substantif *rabais*⁸³², relèvent de la seconde catégorie⁸³³. Objets de nombreuses décisions administratives, de multiples contentieux devant les juridictions de l'Union⁸³⁴, de prises de position de la Commission⁸³⁵ et de débats doctrinaux passionnés⁸³⁶, les rabais constituent une forme particulière, répandue et probablement

University Press, 2007, 1844 p. ; spéc. p. 390-391). La Commission explique que « *la politique de prix "globaux" [...] entraînait également une discrimination entre les partenaires commerciaux, en traitant de manière identique des situations qui ne l'étaient pas* » (décision n° 98/531/CE de la Commission, du 11 mars 1998, relative à une procédure d'application des articles 85 et 86 du traité (IV/34.073, IV/34.395 et IV/35.436 – *Van den Bergh Foods Limited*), JOCE L 246, 4 septembre 1998, p. 1, paragraphe 76).

V., également, le système de *prix rendus* interdit dans la décision n° 74/292/CEE de la Commission du 15 mai 1974, relative à une procédure d'application de l'article 85 du traité CEE (IV/400 – *accords entre fabricants de verre d'emballage*), JOCE L 160, 17 juin 1974, p. 1 (paragraphe 48).

⁸³² Ces trois termes, s'ils sont parfois distingués, peuvent néanmoins être considérés comme synonymes, les institutions communautaires les utilisant comme tels.

⁸³³ Les rabais peuvent être sanctionnés en raison de leurs effets fidélisant – effet d'exclusion des concurrents – altérant la concurrence de première ligne, mais également pour leurs effets discriminatoires – affectant la concurrence de seconde ligne.

⁸³⁴ V. notamment : TPICE, 17 décembre 2003, *British Airways plc c/ Commission*, aff. T-219/99, *Rec.* p. II-5917 et, sur pourvoi, CJCE, 15 mars 2007, *British Airways plc c/ Commission*, aff. C-95/04 P, *Rec.* p. I-2331 ; TPICE, 30 septembre 2003, *Manufacture française des pneumatiques Michelin c/ Commission*, aff. T-203/01, *Rec.* p. II-4071 (affaire *Michelin II*).

⁸³⁵ Comm. eur., *DG Competition discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses*, Bruxelles, décembre 2005 (paragraphe 151 à 171) ; Comm. eur., *Orientations sur les priorités retenues par la Commission pour l'application de l'article 82 du traité CE aux pratiques d'éviction abusives des entreprises dominantes*, JOUE C 45, 24 février 2009, p. 7 (paragraphe 37 à 45).

⁸³⁶ V., notamment, John TEMPLE LANG et Robert O'DONOGHUE, « Defining Legitimate Competition : How to Clarify Pricing Abuses under Article 82 EC », *Fordham Int'l L. J.*, vol. 26, 2002, p. 83-162 ; Luc GYSELEN, « Rebates : Competition on the Merits or Exclusionary Practice ? », in : EHLERMANN (Claus-Dieter) et ATANASIU (Isabela) (éds.), *European competition law annual 2003, What is an Abuse of a Dominant Position ?*, Oxford, Hart Publishing, 2006, 671 p., p. 287-324 ; B. SHER, « Price Discounts and Michelin 2 : What Goes Around, Comes Around », *ECLR*, 2002, p. 482 ; Derek RIDYARD, « Exclusionary Pricing and Price Discrimination Abuses under Articles 82 – An Economic Analysis », *ECLR*, 2002, p. 286-303.

la plus courante, de prix discriminatoires⁸³⁷. Tandis que les rabais sont une forme de *discrimination de prix de second degré*, les prix discriminatoires directs relèvent généralement des *discriminations de prix de troisième degré*⁸³⁸.

Notre distinction entre différenciations illicites *directe* et *indirecte* n'équivaut pas à celle entre discriminations *principale* et *accessoire*, articulée autour du seul résultat de la pratique, et récemment évoquée dans l'affaire *Post Danmark*⁸³⁹. Selon cette classification, une discrimination est *principale* si elle a des effets d'éviction des concurrents de l'entreprise dominante (concurrence de première ligne) ; elle est *accessoire* si elle produit des effets discriminatoires entre les clients de cette dernière (concurrence de seconde ligne)⁸⁴⁰. Selon cette dichotomie, le dumping discriminatoire est toujours une discrimination *principale*, contrairement aux prix discriminatoires directs qui relèvent de l'une ou l'autre de ces deux formes de discriminations.

220. Les développements suivants sont focalisés sur les prix discriminatoires *directs*, puisqu'eux seuls sont comparables au dumping discriminatoire⁸⁴¹. À l'instar de la législation antidumping, le droit antitrust ne sanctionne que les différenciations tarifaires dépourvues de raisons objectives (**B.**). En revanche, par contraste avec la

⁸³⁷ Lorsqu'un acheteur ne bénéficie pas d'une réduction de prix sous la forme d'un rabais, il est discriminé par rapport à un autre acheteur qui obtient une telle déduction. Les prix finalement pratiqués, les prix nets, sont différents. Ils sont indirectement discriminatoires en ce que la discrimination est davantage le résultat de la pratique que son objet même.

⁸³⁸ Pour la distinction entre les discriminations de prix de premier degré, de second degré et de troisième degré, v. note de bas de page n° 803 *supra*.

⁸³⁹ Distinction opérée par les autorités et juridictions danoises et jugée opportune par l'avocat général MENGOZZI dans ses conclusions du 24 mai 2011 sous CJUE, 27 mars 2012, *Post Danmark A/S*, aff. C-209/10, non encore publié au *Rec.* L'avocat général y indique que cette distinction a été appelée de ses vœux par une partie de la doctrine, notamment par John TEMPLE LANG et Robert O'DONOGHUE, « Defining Legitimate Competition : How to Clarify Pricing Abuses under Article 82 EC », préc. ; spéc. p. 86 ; et Damien GERADIN et Nicolas PETIT, « Price Discrimination under EC Competition Law : Another Antitrust Doctrine in Search of Limiting Principles ? », *J. Comp. L. & Econ.*, vol. 2, n° 3, 2006, p. 487-531.

⁸⁴⁰ L'avocat général MENGOZZI explique que cette distinction permet, « à [son] avis, de clarifier les rapports entre les pratiques tarifaires discriminatoires relevant de l'article 82, second alinéa, sous c), CE c'est-à-dire celles dont les effets anticoncurrentiels se produisent sur le ou les marchés des "partenaires commerciaux", leur "infligeant un désavantage dans la concurrence" – ce qui correspond à la situation de la discrimination dite "accessoire" – puisque, par définition, ces partenaires commerciaux ne peuvent pas être les concurrents de l'entreprise exploitant abusivement sa position dominante, et celles qui se produisent sur le marché sur lequel opèrent l'entreprise dominante et ses concurrents et qui relèvent d'autres cas de figure, dont celui qui consiste à limiter la production, les débouchés ou le développement technique au préjudice des consommateurs, visé à l'article 82, second alinéa, sous b), CE, et qui ont pour effet d'évincer ou d'exclure lesdits concurrents » : conclusions précitée sous CJUE, 27 mars 2012, *Post Danmark A/S*, aff. C-209/10, préc. (pt 46).

⁸⁴¹ Toutefois, le cas échéant, seront évoquées des affaires dans lesquelles des pratiques de rabais étaient analysées.

première, intéressée par une seule forme de discrimination de prix entre deux marchés nationaux, le second appréhende une grande variété de prix discriminatoires et s'intéresse peu à ceux comparables au dumping discriminatoire (A.).

A. Une pluralité des formes de prix discriminatoires

221. Le droit antitrust de l'Union appréhende des formes très variées de pratiques tarifaires discriminatoires directes. Deux catégories de prix discriminatoires directs peuvent être distinguées : ceux qui reposent sur la localisation géographique des acheteurs discriminés, les seuls éventuellement similaires au dumping discriminatoire (1°) ; et l'ensemble des autres pratiques, rassemblées dans une catégorie protéiforme, dont le seul lien de parenté est que la différenciation tarifaire n'est pas fondée sur la localisation géographique des opérateurs économiques concernés (2°).

1° Les prix discriminatoires géographiques

222. Isoler les prix discriminatoires géographiques, considérés comme soulevant les problèmes les plus importants dans le domaine des prix discriminatoires⁸⁴², de l'ensemble des autres formes de tels prix, n'est pas démarche incongrue. Une telle division a été proposée tant par des juristes que par des économistes⁸⁴³.

Afin de comparer le dumping discriminatoire aux prix discriminatoires géographiques, des précisions sur l'aspect géographique doivent être présentées. Ces explications permettent d'identifier les angles de comparaison envisageables avec le dumping discriminatoire, pour retenir celui ou ceux qui se révèlent les plus appropriés.

Il ne peut y avoir discrimination qu'en présence d'au moins deux transactions. Dans le cas du dumping, l'une d'elles est *extérieure* : elle est géographiquement

⁸⁴² Mario SIRAGUSA, « The Application of Article 86 to the Pricing Policy of Dominant Companies: Discriminatory and Unfair Prices », *CMLR.*, vol. 16, 1979, p. 179-194 ; ici p. 180 : « *price differentiation on a geographic basis would seem to present the most important problems in the area of discriminatory pricing* ».

⁸⁴³ Simon BISHOP et Mike WALKER, *The Economics of EC Competition Law : Concepts, Application and Measurement*, 3^{ème} éd., *op. cit.* ; spéc. p. 250 et s. ; Mario SIRAGUSA, « The Application of Article 86 to the Pricing Policy of Dominant Companies: Discriminatory and Unfair Prices », préc. ; Damien GERADIN et Nicolas PETIT, « Price Discrimination under EC Competition Law : The Need for a case-by-case Approach », préc.

située en dehors de l'Union, dans un pays tiers. À première vue, cet aspect d'extranéité apparaît comme un élément distinctif du dumping. La dichotomie suivante pourrait donc être proposée : la législation antidumping appréhenderait les prix discriminatoires *internationaux*, une forme de prix discriminatoires que le droit antitrust de l'Union ne viserait pas, ce dernier ne sanctionnant que les prix discriminatoires *européens* ou *internes*, c'est-à-dire mis en œuvre à l'intérieur de l'Union européenne, en ce sens que les deux transactions ont lieu à l'intérieur de l'Union européenne. Cette dichotomie se révèle pourtant erronée. Non seulement elle est invalidée par une application du droit antitrust de l'Union aux comportements produisant seulement leurs effets – d'exclusion ou de discrimination en matière de prix discriminatoires – dans l'Union, mais elle l'est également si l'application de ce droit est subordonnée à une mise en œuvre des pratiques dans l'Union. En effet, dès lors que l'une des transactions comparées pour établir la discrimination est réalisée sur le marché intérieur et que l'altération de la concurrence s'y produit, au moins en partie, la condition de mise en œuvre dans l'Union devrait être jugée satisfaite. Ainsi, une pratique de prix discriminatoires entre le territoire de l'Union, d'une part, et un pays tiers, d'autre part, pourrait être sanctionnée en application de l'article 101 ou de l'article 102 TFUE. L'extranéité politique n'est donc pas une caractéristique exclusive du dumping.

Plus délicate est la question de savoir si, en droit antitrust, les deux transactions doivent avoir lieu sur un seul et même marché géographique (discrimination intra-marché) ou si, au contraire, elles peuvent intervenir sur deux marchés géographiques distincts (discrimination inter-marchés)⁸⁴⁴. La situation se complique si la dimension géographique n'est pas seulement considérée dans sa conception *concurrentielle* – le territoire sur lequel les conditions de concurrence sont suffisamment homogènes pour qu'il soit distinguable de zones géographiques voisines⁸⁴⁵ – mais également dans son

⁸⁴⁴ Dans l'arrêt *Tiercé Ladbroke*, le Tribunal a considéré qu'un refus de livrer des sons et images à une agence hippique en Belgique, alors que de tels sons et images étaient fournis à des agences en Allemagne, n'était pas discriminatoire puisqu'« *il n'existe pas de concurrence entre les agences hippiques opérant en Belgique et celles opérant en Allemagne* », la dimension géographique des marchés étant nationale (TPICE, 12 juin 1997, *Tiercé Ladbroke SA c/ Commission*, aff. T-504/93, Rec. p. II-923, pt 128). Mais l'abus envisagé était une différence de traitement qu'aurait pratiqué l'entreprise dominante entre des clients en concurrence sur un marché (la discrimination ne peut alors qu'être intra-marché).

⁸⁴⁵ V. Comm. eur., *Communication de la Commission sur la définition du marché aux fins du droit communautaire de la concurrence*, JOCE C 372, 9 décembre 1997, p. 5 (paragraphe 8).

acception *politique* – territoires définis selon les frontières étatiques, voire mêmes infra-étatiques.

223. Aux fins de la comparaison des prix discriminatoires géographiques avec le dumping, plusieurs situations peuvent, dès lors, être envisagées, et leur appréhension par le droit antitrust devra être scrutée.

En premier lieu, la discrimination géographique pratiquée peut apparaître entre deux marchés nationaux, au sens politique du terme, c'est-à-dire entre deux États membres, et dans ce cas, deux sous-hypothèses doivent être distinguées : soit ces deux marchés nationaux forment un seul marché pertinent⁸⁴⁶ et il s'agit d'une discrimination de prix communautaire *interétatique* (ou transnationale) et *intra-marché* (*i.e.* à l'intérieur du marché pertinent) ; soit ces deux marchés nationaux constituent chacun un marché pertinent distinct et l'on se trouve en présence d'une discrimination de prix *interétatique* et *inter-marchés* (*i.e.* entre deux marchés pertinents).

En second lieu, la discrimination géographique peut résulter de la comparaison des situations tarifaires entre deux marchés pertinents distincts, sans considération pour leur éventuelle correspondance avec des frontières nationales : on parlera alors de discrimination de prix *a-nationale inter-marchés*.

Trois formes de prix discriminatoires géographiques sont ainsi envisageables et trois angles de comparaison avec le dumping discriminatoire peuvent être identifiés. Puisque, par définition, le dumping est une pratique commerciale *transnationale*, il se distingue de ceux des prix discriminatoires géographiques qui ne présentent pas un caractère *interétatique*. Dès lors, seules les deux premières formes, *interétatiques*, pourraient être confrontées au dumping.

En retenant du terme marché sa seule signification concurrentielle, le dumping peut, par suite, être comparé aux prix discriminatoires *interétatiques intra-marché*, d'une part, et aux prix discriminatoires *interétatiques inter-marchés*, d'autre part.

224. La prohibition des abus de position dominante a été appliquée à au moins deux reprises à des prix discriminatoires *interétatiques intra-marché*⁸⁴⁷, dans les affaires

⁸⁴⁶ Ou font partie d'un seul et même marché pertinent plus vaste.

⁸⁴⁷ Contredisant, ainsi, la thèse exposée par René JOLIET en 1960, dans son article « Monopolisation et abus de position dominante – Essai comparatif sur l'article 2 du Sherman Act et l'article 86 du Traité de Rome », *Rev. Europ.* 1969, n° 42, p. 645-696 ; spéc. p. 685-686. Il estimait, en effet, que l'article 86, c), CEE (désormais article 102, c), TFUE), ne vise pas les « *pratiques par lesquelles*

*United Brands*⁸⁴⁸ et *Tetra Pak II*⁸⁴⁹. Dans la première affaire, sur un marché géographique comprenant plusieurs États membres⁸⁵⁰, avaient été constatés des écarts de prix entre clients établis dans les différents États membres concernés. Dans la seconde, la dimension géographique de chacun des quatre marchés de produits distingués était communautaire : à l'intérieur de ces marchés, les prix de vente des cartons et des machines variaient d'un État membre à un autre. Était ainsi décelé, sur un seul marché en cause, une discrimination entre marchés nationaux. À l'intérieur d'un marché économique, des marchés politiques étaient discriminés⁸⁵¹.

l'entreprise dominante cherche à atteindre ses propres concurrents en opérant des discriminations entre des clientèles situées dans des marchés géographiques différents », mais « établit simplement une règle d'égalité de traitement que devra respecter la firme dominante dans ses rapports avec ses partenaires commerciaux » (ici p. 685), règle proche de celle énoncée par le *Robinson Patman Act*, adoptée par le législateur américain en 1936, pour réagir contre les discriminations de prix faussant la concurrence entre acheteurs (*secondary line competition*). Il expliquait que le législateur américain avait ainsi complété l'article 2 du *Clayton Act* de 1914 qui vise seulement, en matière de discrimination de prix, l'hypothèse où « la clientèle qui bénéficie des conditions discriminatoires est située dans un marché géographique différent de celui où se trouve la clientèle à laquelle on impose des conditions moins favorables » (ici p. 686), dans un but d'exclusion des concurrents de l'auteur de la discrimination (*primary line competition*). Selon René JOLIET, cette forme de « discrimination de prix géographique faussant la concurrence entre vendeurs », visée par le *Clayton Act*, n'était pas appréhendée par la disposition précitée du traité (cette interprétation de l'actuel article 102, c), TFUE, est partagée par Damien GERADIN et Nicolas PETIT dans l'article « Price Discrimination under EC Competition Law : The Need for a case-by-case Approach », GCLC Working Paper 07/05, 47 p.). René JOLIET expliquait que l'intention des rédacteurs du traité de Rome n'était pas, avec le c) de l'article 86 CEE, « de protéger les mécanismes concurrentiels », mais d'assurer « l'égalité de concurrence entre acheteurs de l'entreprise dominante » (ici p. 686). Cette conception flirtait avec l'idée de sanction d'un comportement déloyal, la déloyauté étant introduite par l'entreprise dominante dans la concurrence sur le marché aval. Ainsi l'article 86 CEE ne viserait-il ni les prix discriminatoires non géographiques portant atteinte à la concurrence de première ligne, ni les prix discriminatoires géographiques. Sa conception de cette disposition la cantonnait à la sanction des abus d'exploitation, à l'exclusion de ceux d'éviction.

⁸⁴⁸ Décision n° 76/353/CEE de la Commission, du 17 décembre 1975, relative à une procédure d'application de l'article 86 du traité CEE (IV/26 699 – *Chiquita*), JOCE L 95, 9 avril 1976, p. 1 ; CJCE, 14 février 1978, *United Brands c/ Commission*, aff. 27/76, Rec. p. 207 : la Commission et la Cour de justice ont jugé abusifs, notamment, les prix discriminatoires pratiqués par le leader mondial de la banane.

⁸⁴⁹ Décision n° 92/163/CEE de la Commission du 24 juillet 1991, relative à une procédure d'application de l'article 86 du traité CEE (IV/31.043 – *Tetra Pak II*), JOCE L 72, 18 mars 1992, p. 1 ; TPICE, 6 octobre 1994, *Tetra Pak c/ Commission*, aff. T-83/91, Rec. p. II-755 : la Commission et le Tribunal ont considéré abusifs, notamment, des prix discriminatoires mis en œuvre par le spécialiste des machines et cartons destinés au conditionnement des liquides alimentaires. Le pourvoi formé devant la Cour de justice n'a pas donné l'occasion d'une discussion sur cet aspect de l'affaire : CJCE, 14 novembre 1996, *Tetra Pak c/ Commission*, aff. C-333/94 P, Rec. p. I-5951.

⁸⁵⁰ La dimension géographique du marché correspondait à l'ensemble comprenant l'Allemagne, le Danemark, l'Irlande, les Pays-Bas, et l'Union économique belgo-luxembourgeoise (UEBL).

⁸⁵¹ Dans l'affaire *United Brands*, à la base de la disparité de prix abusive se trouvait une autre pratique abusive : l'interdiction de revente des bananes à l'état vert, ayant un effet comparable à une interdiction d'exporter, et empêchant les distributeurs-mûrisseurs d'engager une quelconque action concurrentielle contre cette disparité d'un État à l'autre à l'intérieur du marché considéré. Dans cette affaire, Cour et Commission se sont contentées d'invoquer, sans l'étayer, un désavantage dans la

Dans ces deux cas de discriminations de prix géographiques, les institutions communautaires n'ont semblé préoccupées ni par l'exclusion des concurrents de l'entreprise discriminante, ni par la pénalisation de certains concurrents discriminés sur un marché aval, mais par le cloisonnement du marché commun. Rendus possibles par les pratiques distinctes cloisonnant le marché, les prix discriminatoires géographiques apparaissent néanmoins sanctionnés pour eux-mêmes. L'autonomie de la prohibition de tels prix discriminatoires géographiques est, pourtant, incertaine⁸⁵². Elle est également critiquée⁸⁵³, notamment parce qu'elle permettrait de sanctionner ces prix alors que leurs causes se trouvent non pas dans d'autres pratiques de l'entreprise dominante, mais dans des obstacles d'origine étatique⁸⁵⁴. Car persistent, en dépit des progrès réalisés dans la création du marché unique, d'importantes disparités entre les structures économiques de production et de distribution et, plus généralement, entre les niveaux de développement et les environnements économiques respectifs des États membres, susceptibles de favoriser la discrimination de prix.

225. Contrairement aux prix discriminatoires *interétatiques intra-marché*, les prix discriminatoires *inter-marchés – interétatique* ou *a-nationaux* – ne semblent pas avoir fait l'objet de décision d'application de l'article 102 TFUE. Pourtant, de telles pratiques pourraient tomber sous le coup de cette prohibition antitrust. Une

concurrence subi par les victimes de la discrimination tarifaire. Mais le véritable effet des pratiques d'United Brands résultait de l'interdiction de revente, cloisonnant le marché concerné en sous-marchés étatiques ou locaux. La correction des écarts de prix était empêchée par cette prohibition contractuelle.

De même, dans l'affaire *Tetra Pak*, outre des prix discriminatoires, était considérée abusive la politique de commercialisation ayant abouti à un cloisonnement des marchés nationaux à l'intérieur de la Communauté, politique qui rendait possible la discrimination de prix.

⁸⁵² Carles ESTEVA MOSSO, Stephen A. RYAN, Svend ALBAEK et Maria Luisa TIERNO CENTELLA, « Chapter 4 : Article 82 », in : Jonathan FAULL et Ali NIKPAY (éds.), *The EC Law of Competition*, 2^{ème} éd., *op. cit.* ; ici p. 405, expliquent qu'il n'est pas clair si, dans ces affaires, la discrimination a été condamnée en tant que telle ou si elle l'a été en combinaison avec d'autres pratiques. Selon Damien GERADIN et Nicolas PETIT, dans les deux affaires, la discrimination de prix était sanctionnée de manière distincte des autres abus : « Price Discrimination under EC Competition Law : The Need for a case-by-case Approach », *préc.* ; spéc. p. 38-39.

⁸⁵³ Ainsi, Michel WAELBROECK écrit : « *Where the Court went too far in our view is in condemning, as a separate infringement, the application of different prices according to the country of destination* » : « Price Discrimination and Rebate Policies under EU Competition Law », *Fordham Corp. L. Inst.*, 1996, p. 147-160 ; spéc. p. 156, note de bas de page n° 29.

⁸⁵⁴ Michel WAELBROECK et Aldo FRIGNANI, *Le droit de la CE, Volume 4 - Concurrence, Commentaire J. MEGRET*, 2^{ème} éd., *op. cit.* ; spéc. p. 609. V., aussi, Michel WAELBROECK, « Price Discrimination and Rebate Policies under EU Competition Law », *préc.* ; spéc. p. 156.

discrimination des prix entre deux marchés géographiques pourrait viser ou réaliser l'exclusion des concurrents sur celui des marchés où les prix sont avantageux et, si ces deux marchés correspondaient à deux États, sa sanction par le droit antitrust serait comparable à la condamnation du dumping par la législation antidumping.

226. La pratique décisionnelle européenne en matière de prohibition des ententes connaît quelques exemples de discriminations de prix *interétatiques*. Dans les affaires *Pittsburg Corning Europe*⁸⁵⁵ et *The Distillers Company*⁸⁵⁶, la Commission a examiné des discriminations de prix interétatiques concertées. Cependant, puisqu'elle n'a pas donné de description suffisamment précise et détaillée du marché, il est impossible de conclure à l'unicité du marché géographique pertinent ou, au contraire, à la pluralité de marchés en cause et à la constatation d'une discrimination de prix *inter-marchés*. D'ailleurs, dans la première affaire, l'entente portait moins sur la discrimination de prix entre États membres que sur les moyens de la maintenir, notamment par la vente aux distributeurs à des prix discriminatoires selon la destination géographique de ses produits, l'objectif étant le cloisonnement des marchés nationaux⁸⁵⁷. Pareillement, dans la seconde affaire, davantage que par la discrimination entre États membres et ses effets réels ou potentiels sur la concurrence, la Commission était préoccupée par le cloisonnement du marché commun au moyen de restrictions de concurrence permettant l'isolement des marchés nationaux⁸⁵⁸.

⁸⁵⁵ Décision n° 72/403/CEE de la Commission, du 23 novembre 1972, relative à une procédure d'application de l'article 85 du traité CEE (IV/26894 – *Pittsburgh Corning Europe – Formica Belgium – Hertel*, IV/26876 et 26892), *JOCE* L 272, 5 décembre 1972, p. 35.

⁸⁵⁶ Décision n° 78/163/CEE de la Commission, du 20 décembre 1977, relative à une procédure d'application de l'article 85 du traité CEE (IV/28.282 – *The Distillers Company Limited - Conditions de vente et conditions de prix*), *JOCE* L 50, 22 février 1978, p. 16.

⁸⁵⁷ *Pittsburg Corning Europe* pratiquait, par l'intermédiaire de sa filiale allemande (DPC), des prix jusqu'à 40 % plus élevés en Allemagne que dans les principaux autres pays du marché commun. Pour éviter des importations parallèles de Belgique et des Pays-Bas vers l'Allemagne, *Pittsburg Corning Europe* s'était entendue avec ses concessionnaires en Belgique et aux Pays Bas, *Formica* et *Hertel*, pour qu'ils appliquent un « *tarif comportant une discrimination de prix prohibitive en fonction du pays de destination* » (décision n° 72/403/CEE, préc. ; ici p. 38). La Commission souligna ainsi qu'*Hertel* avait « *mis en application un tarif discriminatoire élaboré de concert avec Pittsburg Corning Europe et ayant pour but de permettre à la filiale allemande de cette société de continuer à pratiquer un niveau élevé de prix* ».

⁸⁵⁸ La Commission enjoignit à ce distillateur de whisky écossais de supprimer des conditions de vente qui comportaient « *l'application aux mêmes clients de prix différents selon que les spiritueux [étaient] destinés à être exportés ou bien à être consommés dans le Royaume-Uni* ». Ces conditions de prix avaient « *eu pour objet de fausser le jeu de la concurrence en empêchant que les prix avantageux, dus à la concurrence existant au Royaume-Uni, affectent la structure de la concurrence dans le reste du marché commun* ». La Commission remarquait également qu'« *[e]n réservant les rabais aux ventes de spiritueux destinés à être consommés au Royaume-Uni, on empêche d'étendre aux pays du marché commun autres que le Royaume-Uni dans lesquels DCL vend ces produits, le*

Dans plusieurs autres décisions plus récentes, notamment à l'occasion des affaires *Adalat* et *Volkswagen*, ont été visées et sanctionnées les restrictions au commerce parallèle et non les discriminations de prix que ces restrictions cherchaient à établir et à maintenir⁸⁵⁹. Quant à l'affaire *Glaxo Wellcome (Espagne)*, elle a offert l'occasion aux juridictions européennes d'apporter des précisions quant à la discrimination de prix *inter-marchés*, à propos des médicaments aux prix différenciés entre marchés de dimension nationale à l'intérieur de l'Union. Un système de prix différenciés consistant en une discrimination de prix *inter-marchés*, ici *interétatique*, est jugé constituer une restriction de concurrence par objet en ce qu'il vise à restreindre le commerce parallèle⁸⁶⁰.

bénéfice de la situation favorable du Royaume-Uni en matière de prix. Ceci revient à isoler le marché du Royaume-Uni en ce qui concerne les avantages attribuables aux conditions de concurrence dans ce pays, et aboutit à empêcher que ces prix affectent les conditions de concurrence dans d'autres pays du marché commun. Les consommateurs de ces pays ne peuvent donc bénéficier des prix plus favorables pratiqués au Royaume-Uni. » Ces mesures avaient, pour la Commission, le « même objet qu'une interdiction formelle d'exporter ».

⁸⁵⁹ Par exemple dans l'affaire *Adalat*, la Commission sanctionna l'entente constatée, mise en place par Bayer, pour continuer à pratiquer sur le marché britannique des prix 40 % plus élevés que ceux pratiqués en France et en Espagne (prix indirectement fixé, dans ces deux pays, par les autorités sanitaires nationales). La Commission n'a pas stigmatisé cette discrimination des prix entre marchés nationaux, mais a puni la politique de livraison de Bayer, qui cherchait à stopper les importations parallèles, qui équivalait à une interdiction d'exporter (décision n° 96/478/CE de la Commission, du 10 janvier 1996, relative à une procédure d'application de l'article 85 du traité CE (IV/34.279/F3 – *ADALAT*), *JOCE* L 201, 9 août 1996, p. 1). L'annulation de la décision par le Tribunal (TPICE, 26 octobre 2000, *Bayer c/ Commission*, aff. T-41/96, *Rec. p. II-3383*), confirmée par la Cour de justice (CJCE, 6 janvier 2004, *Bundesverband der Arzneimittel-Importeure eV c/ Bayer*, aff. jtes C-2/01 P et C-3/01 P, *Rec. p. I-23*), ne remet pas en cause la pertinence de cette approche, la censure des juges communautaires portant sur la notion d'accord.

De même, dans sa décision *Volkswagen* du 28 janvier 1998 (décision n° 98/273/CE de la Commission, du 28 janvier 1998, relative à une procédure d'application de l'article 85 du traité CE (IV/35.733 – *VW*), *JOCE* L 124, 25 avril 1998, p. 60), confirmée par le Tribunal (TPICE, 6 juillet 2000, *Volkswagen c/ Commission*, aff. T-62/98, *Rec. p. II-2707*) puis la Cour (CJCE, 18 septembre 2003, *Volkswagen c/ Commission*, aff. C-338/00 P, *Rec. p. I-9189*), la Commission sanctionna Volkswagen, pour avoir conclu, conjointement avec Audi et Autogerma, avec les concessionnaires italiens de son réseau de distribution, des accords visant à cloisonner le marché en interdisant ou restreignant les réexportations de voitures par lesdits concessionnaires, sollicités en ce sens, par des consommateurs allemands, en raison des importants écarts entre les prix pratiqués par le constructeur sur les marchés allemand et italien. La pratique sanctionnée n'est pas la discrimination des prix, mais l'interdiction d'exporter entraînant un cloisonnement du marché.

⁸⁶⁰ L'accord sanctionné par la Commission consistait à opérer une distinction entre, d'une part, les prix facturés aux grossistes espagnols en cas de revente des médicaments sur le territoire espagnol et, d'autre part, les prix (plus élevés) facturés en cas d'exportation des médicaments vers d'autres États membres (décision n° 2001/791/CE de la Commission, du 8 mai 2001, relative à une procédure d'application de l'article 81 du traité CE (IV/36.957/F3 *Glaxo Wellcome* (notification), IV/36.997/F3 *Aseprofar et Fedifar* (plainte), IV/37.121/F3 *Spain Pharma* (plainte), IV/37.138/F3 *BAI* (plainte) et IV/37.380/F3 *EAEPC* (plainte)), *JOCE* L 302, 17 novembre 2001, p. 1). Un tel accord a, pour la Commission, un objet anticoncurrentiel. Pour le Tribunal, si l'application de prix défavorables au

227. En matière de pratiques unilatérales, la conclusion suivante peut être formulée à partir des développements précédents : de même que le dumping peut être une discrimination de prix inter-marchés ou intra-marché, toujours transnationale (*i.e.* interétatique), les prix discriminatoires (directs) abusifs peuvent résulter d'une discrimination de prix entre deux marchés pertinents comme d'une discrimination de prix à l'intérieur d'un seul et même marché pertinent. Dans le premier cas, le prix bas sur l'un des marchés vise l'éviction des concurrents sur ce même marché (concurrence de première ligne) ; dans le second cas, la discrimination fausse le rapport de concurrence entre les clients sur le marché en cause (concurrence de seconde ligne). Lorsque, dans le premier cas, les deux marchés pertinents correspondent à deux États, de tels prix discriminatoires géographiques abusifs sont comparables au dumping discriminatoire. Lorsque, dans le second cas, l'unique marché concerné couvre deux États entre lesquels a lieu la discrimination, de tels prix discriminatoires géographiques abusifs ressemblent au dumping dans leur forme, mais pas dans leurs effets (qui concernent la concurrence de seconde ligne). En matière d'ententes, les prix discriminatoires inter-marchés interétatiques sanctionnés sont comparables au dumping discriminatoire dans leur forme comme leurs effets d'altération de la concurrence de première ligne.

228. Seuls les prix discriminatoires géographiques peuvent être utilement comparés au dumping discriminatoire, puisque ce dernier est une forme de discrimination tarifaire géographique, entre deux marchés nationaux politiquement disjoints et,

commerce parallèle constitue en principe une restriction par objet – en tant qu'il est présumé qu'en limitant le commerce parallèle, elle prive les consommateurs des avantages d'une concurrence efficace en termes d'approvisionnement ou de prix –, tel ne serait pas le cas dans le contexte juridique et économique spécifique des médicaments. Dans ce dernier prévalent des réglementations nationales qui vont au-delà de la simple police d'une activité économique et dont la coexistence est susceptible de fausser – mais pas d'éliminer – la concurrence. Dès lors que les intermédiaires peuvent conserver l'avantage que le commerce parallèle est susceptible de comporter en terme de prix, l'entrave au commerce parallèle ne réduit pas nécessairement le bien-être des consommateurs finals et il convient d'examiner si l'accord en cause a pour objet, et à défaut pour effet, de porter préjudice à ces derniers (TPICE, 27 septembre 2006, *GlaxoSmithKline Services Unlimited c/ Commission*, aff. T-168/01, *Rec.* p. II-2969, pts 115 à 147). Mais l'approche du Tribunal est censurée. La Cour estime qu'il a commis une erreur de droit en considérant que « *seuls les accords privant les consommateurs de certains avantages pourraient avoir un objet anticoncurrentiel* ». Les règles de concurrence du traité ne visent pas seulement à protéger « *les intérêts des concurrents ou des consommateurs, mais la structure du marché et, ce faisant, la concurrence en tant que telle* » (CJCE, 6 octobre 2009, *GlaxoSmithKline Services Unlimited c/ Commission*, aff. jtes C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P et C-519/06 P, *Rec.* p. I-9291, pts 63-64).

éventuellement, économiquement distincts également. Néanmoins, une présentation succincte des prix discriminatoires non géographiques est justifiée car elle illustre la variété des prix discriminatoires en général et non géographiques en particulier. Or cette variété contraste avec l'unicité du dumping discriminatoire.

2° Les prix discriminatoires non géographiques

229. Par définition, les prix discriminatoires non géographiques ne reposent pas sur une distinction de nature géographique, qu'elle soit de caractère économique ou politique. Ils ne discriminent pas les acheteurs en fonction de leur localisation géographique – dans les sens *économique* (marchés pertinents) et *politique* (marchés nationaux) du terme. Le droit antitrust de l'Union en appréhende plusieurs types : les prix discriminatoires affectant les clients **(a.)**, excluant les concurrents **(b.)** ou fonction de la nationalité de l'acheteur **(c.)**. Les deux premiers types se distinguent par l'identité des victimes de l'effet du prix discriminatoire : certains clients de l'auteur de la discrimination ou ses concurrents⁸⁶¹ ; le troisième se singularise par le critère de discrimination : la nationalité. Si la discrimination fondée sur la nationalité évoque l'idée

230. (a.) Les prix discriminatoires non géographiques affectant les clients sont proscrits pour leur objet et/ou leur effet perturbateur(s) de la concurrence entre les clients discriminés, en compétition sur un marché aval de celui où agit l'auteur (ou les auteurs) de la discrimination. Cette perturbation de la concurrence existant entre les clients de ce (ou ces) dernier(s), appelée concurrence de seconde ligne, est visée par les deux prohibitions antitrust.

S'agissant des comportements collusoires, par le paragraphe 1, d), de l'article 101 TFUE⁸⁶² : ainsi, un accord qui mettrait en place un système de prix discriminatoires applicables aux clients des entreprises parties pourrait, ainsi, être interdit⁸⁶³.

⁸⁶¹ Nous n'insisterons pas sur cette différenciation des victimes, autrement dit cette altérité d'effets. Ces deux formes sont présentées pour mesurer l'ampleur, l'importance, de la notion de prix discriminatoires en droit antitrust.

⁸⁶² Cette disposition énonce, comme exemples d'ententes prohibées, celles qui ont pour objet ou pour effet d' « *appliquer, à l'égard de partenaires commerciaux, des conditions inégales à des prestations équivalentes en leur infligeant de ce fait un désavantage dans la concurrence* ».

En matière d'abus de position dominante, par le c) du second alinéa de l'article 102 TFUE : y est visé comme exemple d'abus le traitement discriminatoire, notamment tarifaire, de prestations équivalentes lorsqu'il avantage certains des partenaires commerciaux au préjudice des autres⁸⁶⁴. La Commission et les juridictions communautaires se sont fondées sur cette dernière disposition à plusieurs reprises dans différentes situations. Dans une première série d'affaires, l'entreprise discriminante, verticalement intégrée, était présente, elle-même, ou par l'intermédiaire d'une filiale ou encore par l'entremise d'une société sœur, sur le marché affecté par la pratique de prix discriminatoires⁸⁶⁵. Sur ce marché aval ou amont de celui dominé, elle se favorisait elle-même au détriment de ses concurrents, ou avantageait ses propres filiales ou des sociétés sœurs, au détriment des compétiteurs de ces dernières⁸⁶⁶. Dans une seconde série de cas, ce sont des prix discriminatoires pratiqués par des entreprises dominantes, impactant des clients, mais sans lien avec les premières, que la Commission a eu l'occasion de constater⁸⁶⁷.

⁸⁶³ C'est une telle discrimination collective des partenaires commerciaux, du fait de l'application de conditions inégales à des prestations équivalentes, qu'alléguait Viho Europe à l'encontre des pratiques de Parker ; v. TPICE, 12 janvier 1995, *Viho Europe BV c/ Commission*, aff. T-102/92, *Rec. p. II-17* (pt 31).

⁸⁶⁴ L'article 102, c), TFUE considère abusif le fait d' « *appliquer à l'égard de partenaires commerciaux des conditions inégales à des prestations équivalentes en leur infligeant de ce fait un désavantage dans la concurrence* ».

⁸⁶⁵ Damien GERADIN et Nicolas PETIT, « Price Discrimination under EC Competition Law : The Need for a case-by-case Approach », préc.

⁸⁶⁶ Ainsi, la Commission, approuvée par le Tribunal, a-t-elle sanctionné d'importantes différences de prix selon les trajets effectués, non justifiées par des éléments objectifs, pratiquées par la Deutsche Bundesbahn : décision n° 94/210/CE, de la Commission, du 29 mars 1994, aff. IV/33.941 – *HOV-SVZ/MCN*, *JOCE L 104*, 23 avril 1994, p. 34 (paragraphe 158-159) ; TPICE, 21 octobre 1997, *Deutsche Bahn AG c/ Commission*, aff. T-229/94, préc. (pt 78) ; CJCE, 27 avril 1999 (ordonnance), *Deutsche Bahn AG c/ Commission*, aff. C-436/97 P, *Rec. p. I-2387* (pourvoi rejeté). La Commission a également agi, notamment, 1) contre une pratique de facturation de prix différents entre deux catégories de courriers transfrontières (décision n° 2001/892/CE, de la Commission, du 25 juillet 2001, relative à une procédure d'application de l'article 82 du traité CE (COMP/C-1/36.915 – *Deutsche Post AG – Interception de courrier transfrontière*), *JOCE L 331*, 15 décembre 2001, p. 40) et 2) contre des pratiques concernant les services postaux de base induisant une discrimination entre différentes catégories de clients en concurrence sur le marché amont des services de routage des envois postaux (décision de la Commission du 20 octobre 2004, relative à une procédure d'application de l'article 86, paragraphe 3, du traité CE (COMP/38.745 – *BdKEP – Deutsche Post AG + Bundesrepublik Deutschland*) (non publiée).

⁸⁶⁷ V., par exemple, décision de la Commission du 20 octobre 2004 (COMP/38.745, *BdKEP – Deutsche Post AG + Bundesrepublik Deutschland*), préc. ; spéc. paragraphe 93. Ont également été jugées abusives des redevances commerciales discriminatoires pour les prestataires de services d'assistance ou d'auto-assistance en escale, faussant le jeu de la concurrence entre ces prestataires et également entre transporteurs aériens : décision n° 98/513/CE de la Commission, du 11 juin 1998, relative à une procédure d'application de l'article 86 du traité (IV/35.613 – *Alpha Flight*

231. (b.) La deuxième des trois formes de prix discriminatoires identifiées réunit ceux qui visent ou aboutissent à l'exclusion d'un ou plusieurs concurrents sur le même marché pertinent, et affecte ainsi la concurrence de première ligne. L'article 101 TFUE pourrait appréhender⁸⁶⁸ une entente qui poursuivrait un objectif d'exclusion des concurrents des parties à l'accord par l'application de prix discriminatoires⁸⁶⁹. À plusieurs reprises, la Commission s'est fondée sur le c) de l'actuel article 102 TFUE, explicitement ou implicitement⁸⁷⁰, pour condamner des rabais ou baisses de prix sélectifs visant à nuire ou à exclure les concurrents, sans être, sur ce point, critiquée par les juridictions communautaires⁸⁷¹. Il s'agissait, toutefois, presque toujours de prix discriminatoires indirects⁸⁷². À l'exception des

Services/Aéroports de Paris), JOCE L 230, 18 août 1998, p. 10 ; TPICE, 12 décembre 2000, *Aéroports de Paris c/ Commission*, aff. T-128/98, Rec. p. II-3929 ; CJCE, 24 octobre 2002, *Aéroports de Paris c/ Commission*, aff. C-82/01 P, Rec. p. I-9297.

De même, est abusif le traitement différent des entreprises privées et des sociétés de service public pour le calcul de redevances perçues au titre de la rémunération due pour la diffusion d'œuvres musicales, si elles sont concurrentes sur le même marché et sauf justification objective : CJCE, 11 décembre 2008, *Kanal 5 et TV 4*, aff. C-52/07, Rec. p. I-9275 (pts 42-47).

Dans le domaine complexe des services de compensation et de règlement, des conditions tarifaires discriminatoires pour les services concernés, causant à l'entreprise discriminée un désavantage concurrentiel, ont été sanctionnées : décision de la Commission du 2 juin 2004, relative à une procédure d'application de l'article 82 du traité CE (COMP/38.096 – *Clearstream (compensation et règlement)*), JOUE C 265, 17 juillet 2009, p. 7 (résumé) ; confirmée par TPICE, 9 septembre 2009, *Clearstream Banking AG e.a. c/ Commission*, aff. T-301/04, Rec. p. II-3155.

⁸⁶⁸ L'article 101, paragraphe 1, b), TFUE, pourrait fonder la prohibition d'une telle entente, puisqu'il vise la limitation ou le contrôle de la production, des débouchés, du développement techniques ou des investissements.

⁸⁶⁹ Même si aucune décision formelle concernant une telle entente ne semble avoir été prise par la Commission et si aucune jurisprudence ne paraît exister à cet égard.

⁸⁷⁰ Fréquemment, la Commission constate différents caractères (inéquitable, fidélisant, cloisonnant) et effets (discrimination, exclusion) de la pratique, susceptibles de la relier à plusieurs des points de l'article 102 TFUE. Souvent, elle s'abstient d'indiquer explicitement celui de ces points qu'elle utilise. Car si, outre le c), le b) permet d'appréhender les prix discriminatoires affectant la concurrence de première ligne, en tout état de cause, il est de jurisprudence constante que l'article 102 TFUE n'énumère que des exemples de pratiques abusives.

⁸⁷¹ Ces dernières ont atténué, voire supprimé, l'exigence de démonstration d'un désavantage concurrentiel pour mettre en œuvre cette disposition. Selon l'avocat général VAN GERVEN, « [i]l ressort implicitement de la jurisprudence communautaire, à savoir de l'arrêt *United Brands* et de l'arrêt *Merci convenzionali porto di Genova*, que la Cour n'interprète pas cet alinéa [l'article 86, alinéa 2, c)] de manière restrictive de sorte qu'il n'est pas nécessaire, pour pouvoir l'appliquer, que les partenaires commerciaux de l'entreprise coupable du comportement abusif subissent un désavantage concurrentiel les uns vis-à-vis des autres ou vis-à-vis de l'entreprise qui occupe la position dominante » : conclusions sous CJCE, 17 mai 1994, *Corsica ferries Italia*, aff. C-18/93, Rec. p. I-1783 (pt 34).

⁸⁷² S'agissant des rabais, notamment dans les affaires :

- *Hoffmann-La Roche* : décision n° 76/642/CEE de la Commission, du 9 juin 1976, relative à une procédure d'application de l'article 86 du traité instituant la Communauté économique européenne (IV/29.020 – *vitamines*), JOCE L 223, 16 août 1976, p. 27 ; CJCE, 13 février 1979, *Hoffmann-La Roche c/ Commission*, aff. 85/76, Rec. p. 461 : références au c), explicite dans la décision et implicite dans l'arrêt ;

prix spéciaux discriminatoires sanctionnés dans l'affaire *Hilti*⁸⁷³, aucune pratique de prix discriminatoires *directs* affectant les concurrents de l'entreprise discriminante ne semble avoir fait l'objet d'une procédure antitrust communautaire.

-
- *Michelin I* : décision n° 81/969/CEE de la Commission, du 7 octobre 1981, relative à une procédure d'application de l'article 86 du traité instituant la Communauté économique européenne (IV/29.491 – *Bandengroothandel Frieschebrug BV/NV Nederlandsche Banden-Industrie Michelin*), *JOCE* L 353, 9 décembre 1981, p. 33 ; CJCE, 9 novembre 1983, *Michelin c/ Commission*, aff. 322/81, *Rec.* p. 3461 : références au c) explicites dans la décision et dans l'arrêt ;
 - *British Airways* : décision n° 2000/74/CE de la Commission, du 14 juillet 1999, relative à une procédure d'application de l'article 82 du traité CE (IV/D-2/34.780 – *Virgin/British Airways*), *JOCE* L 30, 4 février 2000, p. 1 ; TPICE, 17 décembre 2003, *British Airways plc c/ Commission*, aff. T-219/99, préc. ; CJCE, 15 mars 2007, *British Airways plc c/ Commission*, aff. C-95/04 P, préc. : référence au c) et, également, au b) ;
 - *Michelin II* : décision n° 2002/405/CE de la Commission, du 20 juin 2001, relative à une procédure d'application de l'article 82 du traité CE (COMP/E-2/36.041/PO – *Michelin*), *JOCE* L 143, 31 mai 2005, p. 1 ; TPICE, 30 septembre 2003, *Michelin c/ Commission*, aff. T-203/01, *Rec.* p. II-4071 : référence implicite au c) ;
 - *Irish Sugar* : décision n° 97/624/CE de la Commission, du 14 mai 1997, relative à une procédure d'application de l'article 86 du traité CE (IV/34.621, 35.059/F-3 – *Irish Sugar plc*), *JOCE* L 258, 22 septembre 1997, p. 1 ; TPICE, 7 octobre 1999, *Irish Sugar plc c/ Commission*, aff. T-228/97, *Rec.* p. II-2969 ; CJCE, 10 juillet 2001 (ordonnance), *Irish Sugar plc c/ Commission*, aff. C-497/99 P, *Rec.* p. I-5333 ;
 - *Tomra System* : décision de la Commission du 29 mars 2006, relative à une procédure d'application de l'article 82 du traité CE et de l'article 54 de l'accord EEE (COMP/E-1/38.113 – *Proknet/Tomra*), *JOUE* C 219, 28 août 2008, p. 11 (résumé) ; Trib.UE, 9 septembre 2010, *Tomra System c/ Commission*, aff. T-155/06, *Rec.* p. II-4361.

S'agissant des baisses de prix sélectives, notamment dans les affaires :

- *Akzo* : décision n° 85/609/CEE de la Commission, du 14 décembre 1985, relative à une procédure d'application de l'article 86 du traité CEE (IV/30.698 – *ECS/AKZO Chemie*), *JOCE* L 374, 31 décembre 1985, p. 1 ; référence au c) et mise en évidence de l'aspect discriminatoire de la pratique prédatrice, mais pas application du c), l'effet anticoncurrentiel discriminant étant très secondaire par rapport à l'effet d'exclusion (v. paragraphe 83) ; CJCE, 3 juillet 1991, *Akzo Chemie BV c/ Commission*, aff. C-62/86, *Rec.* p. I-3359 : aspect discriminatoire partiellement confirmé par la Cour (pts 110 à 121), sans application du c), la discrimination n'étant qu'un aspect de la stratégie prédatrice ;
- *Compagnie Maritime Belge* : décision n° 93/82/CEE de la Commission, du 23 décembre 1992, relative à une procédure d'application de l'article 85 du traité CEE (IV/32.448 et IV/32.450: *Cewal, Cowac, Ukwal*) et de l'article 86 du traité CEE (IV/32.448 et IV/32.450: *Cewal*), *JOCE* L 34, 10 février 1993, p. 20 ; TPICE, 8 octobre 1996, *Compagnie maritime belge transports SA e.a. c/ Commission*, aff. jtes T-24/93 à T-26/93 et T-28/93, *Rec.* p. II-1201 ; CJCE, 16 mars 2000, *Compagnie maritime belge transports SA e.a. c/ Commission*, aff. jtes C-395/96 P et C-396/96 P, *Rec.* p. I-1365.

S'agissant de rabais liés ou prix liés, v. notamment, l'affaire *Van den Bergh Food* : décision n° 98/531/CE de la Commission, du 11 mars 1998 (IV/34.073, IV/34.395 et IV/35.436 – *Van den Bergh Foods Limited*), préc. ; TPICE, 23 octobre 2003, *Van den Bergh Foods Ltd c/ Commission*, aff. T-65/98, *Rec.* p. II-4653.

⁸⁷³ Décision n° 88/138/CEE de la Commission, du 22 décembre 1987, relative à une procédure d'application de l'article 86 du traité CEE (IV/30.787 et 31.488 – *Eurofix- Bauco/Hilti*), *JOCE* L 65, 11 mars 1988, p. 19 (v. spécialement paragraphe 81) ; TPICE, 12 décembre 1991, *Hilti c/ Commission*, aff. T-30/89, *Rec.* p. II-1439 (v. pt 100) ; pas de discussion sur les pratiques dans le cadre du pourvoi devant la CJCE.

232. (c.) Enfin, des prix discriminatoires peuvent être sanctionnés en raison du critère de discrimination : la *nationalité* des clients. Dans les cas traités par la Commission et la Cour de justice⁸⁷⁴, le traitement discriminatoire produit des effets protectionnistes, contraires à l'objectif fondamental du traité, énoncé à l'actuel article 18 TFUE, d'interdiction de toute discrimination directement ou indirectement fonction de la nationalité. La pratique anticoncurrentielle en cause résultant de mesures étatiques, les dispositions du traité relatives à la libre prestation de service étaient, d'ailleurs, souvent également appliquées⁸⁷⁵ ou applicables⁸⁷⁶. Le comportement en cause est un traitement tarifaire différencié fondé sur l'origine nationale des clients qui se distingue d'une discrimination de prix entre marchés nationaux, indifférente à la nationalité des acheteurs établis sur chacun des marchés nationaux considérés. Les prix discriminatoires sur base de nationalité ne se singularisent pas par la localisation géographique des clients sur un marché national particulier, mais par la nationalité de ces derniers.

233. Ces prix discriminatoires non géographiques, non comparables au dumping discriminatoire puisque non fondé sur la localisation géographique des clients, n'ont en commun avec ce dernier que la relative fréquence de leur sanction par la Commission et les juridictions de l'Union. Or, les prix discriminatoires

⁸⁷⁴ **1)** A propos des prix des services de pilotage dans le port de Gêne, différents selon que l'entreprise effectuait des transports entre deux ports italiens ou entre Gêne et un port situé dans un autre État membre, incompatible avec les articles 90, paragraphe 1, et 86 CE (désormais, respectivement, articles 106, paragraphe 1, et 102 TFUE), dans l'affaire *Corsica ferries* (CJCE, 17 mai 1994, *Corsica ferries Italia*, aff. C-18/93, *Rec. p. I-1783*) ; **2)** À propos de la différenciation des redevances selon le type de vol (intérieur ou international), mais aussi du système de rabais sur les redevances d'atterrissage (dans lequel les rabais augmentaient avec la fréquence des atterrissages sans justification objective et dans lequel les rabais les plus importants bénéficiaient, *de facto*, aux seules compagnies portugaises ; instaurés par décrets, ils constituaient une mesure étatique incompatible avec l'ancien article 90, paragraphe 1, CE, en liaison avec l'ancien article 86 CE : décision n° 1999/199/CE, du 10 février 1999, relative à une procédure d'application de l'article 90 du traité (IV/35.703 – *Aéroports portugais*), *JOCE* L 69, 16 mars 1999, p. 31 ; recours rejeté par la Cour : CJCE, 29 mars 2001, *République portugaise c/ Commission*, aff. C-163/99, *Rec. p. I-2613*) ; **3)** À propos d'une différenciation des redevances selon le type de vol (intérieur ou international) et aussi d'un système de rabais sur les redevances d'atterrissage comparable à celui de l'affaire *Aéroports portugais*, tous deux jugés abusifs au sens de l'article 82, c), CE (désormais article 102, c), TFUE) ; instaurés par décrets royaux, ils constituaient une mesure étatique incompatible avec l'article 86, paragraphe 1, CE, en liaison avec l'article 82 CE : décision n° 2000/521/CE de la Commission, du 26 juillet 2000, relative à une procédure d'application de l'article 86, paragraphe 3, du traité CE (*Aéroports espagnols*), *JOCE* L 208, 18 août 2000, p. 36.

⁸⁷⁵ Dans l'affaire *Corsica ferries Italia*, préc.

⁸⁷⁶ Dans les affaires *Aéroports portugais* et *Aéroports espagnols*, à tout le moins s'agissant de la différenciation des redevances entre les vols nationaux et les vols intracommunautaires, les compagnies assurant ces derniers étant plus fréquemment des compagnies établies dans d'autres États membres que celles effectuant les premiers.

géographiques, pendant antitrust au dumping discriminatoire, ne font que rarement l'objet d'une décision administrative ou judiciaire.

B. Une application injustifiée de prix différents à des prestations équivalentes

234. La différenciation tarifaire, géographique ou non, n'est discriminatoire qu'en présence d'une différence injustifiée entre prestations équivalentes ou d'une absence injustifiée de différence entre des prestations non équivalentes. En présence de raisons objectives, elle échappe à l'infamante qualification de discrimination et demeure légitime et licite.

235. Des *prestations* sont équivalentes si les produits ou services en cause sont substituables, au sens donné à ce terme pour la définition du marché pertinent. Il n'est pas requis que ces produits ou services soient identiques et il suffit qu'ils fassent partie d'un même marché de produits ou services, autrement dit qu'ils soient considérés par les consommateurs « *comme interchangeables ou substituables en raison de leurs caractéristiques, de leur prix et de l'usage auquel ils sont destinés* »⁸⁷⁷. Une différence sensible dans l'une des caractéristiques des produits ou services concernés n'exclut pas l'équivalence des prestations, mais implique la prise en compte de cette différence lors de la comparaison des prix⁸⁷⁸.

L'appréciation de l'équivalence des prestations est abstraite. Sont équivalentes des prestations identiques à un niveau commercial donné, toutes conditions confondues, quand bien même subjectivement, du point de vue du discriminant, elles seraient différentes parce qu'elles contribuent différemment à ses objectifs commerciaux⁸⁷⁹.

⁸⁷⁷ Comm. eur., *Communication de la Commission sur la définition du marché*, préc. (paragraphe 7).

⁸⁷⁸ Par exemple, si des services de transports couvrant des distances différentes sont substituables, la variation des distances des trajets doit être prise en compte lors de la comparaison des prix : décision n° 94/210/CE, de la Commission, du 29 mars 1994, aff. IV/33.941 – *HOV-SVZ/MCN*, *JOCE* L 104, 23 avril 1994, p. 34 (v. paragraphes 160 et 161). Le Tribunal a implicitement confirmé la démarche de la Commission en analysant les différences de coûts des prestations en cause au stade de l'appréciation d'une justification de la différence des prix : TPICE, 21 octobre 1997, *Deutsche Bahn AG c/ Commission*, aff. T-229/94, préc.

⁸⁷⁹ Irish Sugar soutenait que le caractère équivalent d'une transaction ne serait pas déterminé uniquement par la nature du produit vendu ou par les coûts d'approvisionnement supportés par le fournisseur et que la différence des prix pratiqués entre les emballeurs de sucre et les entreprises de l'industrie de transformation s'expliquait par la différence de service que lui rendait ces deux catégories d'acheteurs, seules ces dernières contribuant à la réduction de son sur-approvisionnement structurel en sucre : TPICE, 7 octobre 1999, *Irish Sugar plc c/ Commission*, aff. T-228/97, préc. (pt 154).

Par ailleurs, l'équivalence des transactions s'apprécie sur le marché sur lequel la pratique est mise en œuvre, autrement dit le marché sur lequel est vendu le produit/service dont les prix sont discriminatoires, et non en tenant compte des divers marchés avals sur lesquels les clients discriminés opèrent⁸⁸⁰.

Enfin, la comparaison des prix réalisée pour établir l'écart discriminatoire doit être effectuée au même stade commercial, celui de la vente à l'acheteur indépendant⁸⁸¹.

Si les conceptions du marché diffèrent en droit antitrust et en matière antidumping, l'approche consistant à constater une différenciation tarifaire entre produits similaires est commune aux deux législations, le droit antitrust seul y ajoutant l'égalité tarifaire entre produits différents – afin d'appréhender aussi bien le *verso* que le *recto* de la discrimination⁸⁸².

236. Justifiée par des considérations objectives, la différenciation des prix n'est pas discriminatoire. Incompétente pour apprécier « *en tant que tel le niveau des prix pratiqués par une entreprise* » et pour « *décider selon quels critères ces prix doivent être fixés* », la Commission est en revanche habilitée à vérifier si des éléments objectifs – présentés par l'entreprise mise en cause – justifient l'application de prix différents à des transactions équivalentes⁸⁸³. Cette vérification implique non

⁸⁸⁰ Autrement dit, le fait que les clients soient discriminés selon la catégorie à laquelle ils appartiennent, chaque catégorie opérant sur un marché aval distinct et utilisant le produit faisant l'objet de la discrimination pour fournir leur prestation sur ce marché aval, est sans incidence sur l'équivalence des transactions sur le marché amont. La frontière entre la question de l'équivalence des transactions et le désavantage dans la concurrence est alors très mince : v. Ivo VAN BAEL et Jean-François BELLIS, *Competition Law of the European Community*, 5^{ème} éd., Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2010, 1674 p. ; spéc. p. 812. Mais le désavantage dans la concurrence n'est un élément du prix discriminatoire anticoncurrentiel que lorsqu'il affecte la concurrence de seconde ligne. Lorsqu'est altérée la concurrence de première ligne (par un comportement d'exclusion des concurrents), alors l'altération de la concurrence n'est pas ce désavantage ; l'altération est l'effet d'éviction.

⁸⁸¹ Ainsi, la Commission compara les prix pratiqués par United Brands entre les clients établis en Allemagne, au Pays-Bas, dans l'Union économique belgo-luxembourgeoise et au Danemark, mais aussi entre ceux-ci, d'une part, et les clients irlandais, d'autre part. Pour cette dernière série de comparaisons, elle effectua l'opération après déduction, au prix irlandais cif Dublin (Prix intégrant le coût du transport jusqu'à Dublin, en plus de tous les coûts jusqu'aux ports européens de Rotterdam et de Bremerhaven), du coût du transport par camion-ferry entre les ports néerlandais et Dublin. Dans l'affaire *Tetra Pak II*, la Commission compara les prix de vente aux clients utilisateurs des machines et cartons d'emballage.

⁸⁸² *Verso* et *recto* (ici employés pour viser le traitement différencié de situations identiques et le traitement identique de situations différenciées) et non pas *envers* et *endroit*, car ces deux derniers termes, lorsqu'accollés au dumping dans les expressions *dumping à l'endroit* et *dumping à l'envers*, visent le sens géographique de la discrimination : prix bas dans le pays importateur ou prix bas dans le pays exportateur (v. *supra* n° 210).

⁸⁸³ Décision n° 94/210/CE, de la Commission, du 29 mars 1994, aff. IV/33.941 – *HOV-SVZ/MCN*, préc. (paragraphe 158-159).

seulement une appréciation de la pertinence des éléments justificatifs invoqués, mais également un contrôle de la mise en œuvre des justifications, afin de s'assurer que celle-ci ne mène pas à des discriminations.

Plusieurs justifications à la différenciation tarifaire ont été reconnues : des variations dans les coûts de production ; des distances parcourues différentes⁸⁸⁴ ; l'importance variable des quantités commandées⁸⁸⁵ ; des différences matérielles entre différentes catégories d'un même produit⁸⁸⁶ ; la fourniture, par le bénéficiaire de la discrimination, de services particuliers additionnels ou la réalisation par lui d'opérations promotionnelles pour le compte de l'auteur de la discrimination ; des valeurs économiques différentes des prestations fournies⁸⁸⁷.

L'alignement sur la concurrence semble, également, constituer une justification à la différenciation tarifaire, à condition que les prix bas sélectifs ne soient pas abusifs en raison de circonstances particulières – telles qu'un niveau trop bas et/ou une insertion dans une politique d'élimination des concurrents⁸⁸⁸.

Une différence entre les situations concurrentielles respectives des services ou produits équivalents pourrait, aussi, justifier un écart de prix⁸⁸⁹.

⁸⁸⁴ Dans l'affaire *Deutsche Bahn*, le Tribunal a admis, à propos de services de transports ferroviaires équivalents, que la différence de prix puisse s'expliquer par des différences dans les distances parcourues, bien que tel n'ait pas été le cas en l'espèce.

⁸⁸⁵ Ainsi les véritables rabais de quantité sont-ils licites : v. affaire *Michelin II*, préc. *supra* note de bas de page n° 872.

⁸⁸⁶ S'il la rejeta dans l'espèce considérée, le Tribunal accepta, en théorie, qu'une différence de prix puisse être expliquée par des différences matérielles entre les différentes tailles de cartons d'un même type ou par l'absence d'uniformité des quantités moyennes commandées : TPICE, 6 octobre 1994, *Tetra Pak c/ Commission*, aff. T-83/91, préc. (pt 164).

⁸⁸⁷ V., en ce sens, la position du Tribunal qui requiert que le plaignant qui invoque une discrimination par les prix fournisse « *des indices concrets permettant de considérer que les différences de prix litigieuses ne s'expliquent pas par le rapport entre le prix et la valeur économique de la prestation fournie* » : Trib.UE, 23 novembre 2011, *Jones e.a. c/ Commission*, aff. T-320/07, *Rec.* p. II-417 (publication sommaire) (pt 118). Était en cause l'interdiction des discriminations de prix de l'article 4, b), CECA, en l'occurrence invoquée à propos des prix d'achat du charbon, et le Tribunal vise l'arrêt de la Cour dans l'affaire *CICCE* relative à une plainte portant sur des prix différenciés pour l'achat de droits de diffusion de films (CJCE, 28 mars 1985, *CICCE c/ Commission*, aff. 298/83, *Rec.* p. 1105, pts 22 et 25).

⁸⁸⁸ Cependant, la justification d'un comportement caractérisé comme abusif par l'exception d'alignement sur les concurrents ne figure pas dans les *Orientations sur les pratiques d'éviction abusives*, préc., alors que cette justification était proposée dans le document de réflexion, préc.

⁸⁸⁹ Dans l'affaire *Deutsche Bahn*, le Tribunal n'a pas écarté l'idée qu'une telle différence (qui n'était pas établie dans le cas d'espèce) puisse constituer une telle justification. Il n'est pas exclu qu'il y ait sur le marché en cause, sur lequel ont lieu les discriminations de prix, des divergences dans les conditions de concurrence. En effet, « *la définition du marché géographique n'exige pas que les conditions objectives de concurrence entre les opérateurs économiques soient parfaitement homogènes, mais uniquement qu'elles soient "similaires" ou "suffisamment homogènes"* » : TPICE, 21 octobre 1997, *Deutsche Bahn c/ Commission*, aff. T-229/94, préc. (pt 92). Dans l'arrêt *United Brands*, la Cour avait considéré suffisant que l'espace considéré (plusieurs États) constitue, « *sous*

En revanche, sur un même marché géographique, la Cour de justice a clairement refusé que les différences de prix puissent être justifiées par les différences d'élasticité des marchés nationaux⁸⁹⁰.

l'angle de la possibilité d'exercice de la libre concurrence, un tout suffisamment homogène pour être considéré globalement » (CJCE, 14 février 1978, *United Brands c/ Commission*, aff. 27/76, préc. (pt 53). Le Tribunal avait, dans l'affaire *Tetra Pak II*, rejeté « l'argument relatif à la spécificité des conditions des marchés locaux », au motif qu' « un marché géographique unique englobant l'ensemble de la Communauté, du fait, notamment, du caractère marginal des coûts de transport » avait été retenu : TPICE, 6 octobre 1994, *Tetra Pak c/ Commission*, aff. T-83/91, préc. (pt 170). À propos des prix discriminatoires géographiques, la Cour a reconnu dans l'arrêt *United Brands*, et le Tribunal l'a repris dans l'arrêt *Tetra Pak II*, que ne constituent pas une pratique abusive les prix différents entre États membres qui « se justifient par des variations dans les conditions de la commercialisation et l'intensité de la concurrence », les États en question ne faisant pas partie du marché géographique retenu (*ibid.* ; pt 160).

⁸⁹⁰ V. CJCE, 14 février 1978, *United Brands c/ Commission*, aff. 27/76, préc. (pt 218). *United Brands* prétendait que le prix du marché variait substantiellement selon les États membres en raison de nombreux facteurs locaux, tels que le temps, la présence de fruits de saison sur un marché plutôt que sur un autre, le comportement des consommateurs, les congés, les grèves, les mesures gouvernementales, les taux de change différents. *United Brands* soutenait en effet que les écarts de prix pratiqués s'expliquaient par son souhait de fixer des prix reflétant le prix du marché pour chaque marché national. Elle expliquait que ses prix tenaient compte des caractéristiques propres de la situation concurrentielle dans le cadre de laquelle les mûrisseurs-distributeurs opéraient dans chaque pays. Elle appliquait une politique tarifaire lui permettant de tirer de chaque marché local « ce qu'il peut supporter ». La Cour rejeta cette justification en soulignant que *United Brands* vendait un « produit rigoureusement identique et au même endroit à des distributeurs-mûrisseurs qui – seuls – [avaient] à supporter les aléas du marché des consommateurs » (pt 228). Seuls ces derniers devaient tenir compte des spécificités locales en fixant leurs prix de revente. Le raisonnement de la Cour a été critiqué : il attache « plus d'importance aux formes juridiques qu'aux réalités économiques » ; « [e]n reprochant à *United Brands* de s'emparer d'une "tranche de profit" qui, sinon, serait revenue aux distributeurs, la Cour semble davantage motivée par des considérations d'équité sociale que de concurrence » : Michel WAELBROECK et Aldo FRIGNANI, *Le droit de la CE, Volume 4 - Concurrence, Commentaire J. MÉGRET*, 2^{ème} éd., *op. cit.* ; ici p. 608-609. La position de la Cour ne peut s'expliquer seulement par la circonstance que *United Brands* avait recours à des distributeurs indépendants. En effet, dans l'affaire *Tetra Pak II*, furent sanctionnés des prix discriminatoires géographiques pratiqués par une entreprise verticalement intégrée. En outre, même si la Cour reconnaît qu'il n'appartient pas aux entreprises de réaliser le marché unique, ces deux jurisprudences peuvent être comprises comme imposant aux entreprises dominantes une certaine responsabilité à cet égard, exigeant d'elles qu'elles pratiquent des prix plus ou moins uniformes dans tous les États membres (constituant un même marché géographique) et les privant de la possibilité de fixer leurs prix de manière optimale : v. Carles ESTEVA MOSSO, Stephen A. RYAN, Svend ALBAEK et Maria Luisa TIerno CENTELLA, « Chapter 4 : Article 82 », in : Jonathan FAULL et Ali NIKPAY (éds.), *The EC Law of Competition*, 2^{ème} éd., *op. cit.* ; spéc. p. 406.

Une incertitude demeure, cependant, quant à la possibilité de limiter le rejet de la justification fondée sur les différences d'élasticité aux circonstances particulières de ces deux affaires dans lesquelles étaient aussi en cause des pratiques anticoncurrentielles, distinctes des prix discriminatoires, cloisonnant les marchés nationaux discriminés. L'autonomie de l'interdiction des prix discriminatoires incline à penser qu'une telle limitation devrait être écartée. Pourtant, des auteurs expliquent que « le simple fait pour une entreprise d'adapter sa politique commerciale aux conditions de marché différentes existant dans les États membres ne saurait constituer un abus » et que cette pratique ne serait condamnable que lorsque les prix pratiqués sont, en eux-mêmes, inéquitables, que la pratique fausse la concurrence entre les acheteurs et qu'elle « s'accompagne de mesures visant à cloisonner les marchés en vue de maintenir les différences existantes » (Michel WAELBROECK et Aldo FRIGNANI, *Le droit de la CE, Volume 4 - Concurrence, Commentaire J. MÉGRET*, 2^{ème} éd., *op. cit.* ; ici

237. La question d'une subordination du caractère discriminatoire de la différenciation à une ampleur minimale de l'écart de prix est délicate. En effet, dans l'arrêt *Tetra Pak II*, le Tribunal semblait avoir exigé que l'écart soit d'une certaine ampleur pour être discriminatoire⁸⁹¹. En l'espèce l'écart était suffisamment important pour qu'il ne puisse être expliqué par des différences de coûts des produits comparés. Mais dans l'affaire *United Brands*, tout en soulignant l'importance des écarts, ni la Commission, ni la Cour ne semblent y avoir accordé la moindre importance⁸⁹².

Ainsi, aucune ampleur minimale de la différence de prix, en valeur absolue comme en pourcentage du prix, ne paraît requise pour affubler un prix de l'infamant caractère discriminatoire. Au contraire, la législation antidumping applique un seuil d'écart minimal, cependant très faible. En effet, en cas de marge de dumping *de minimis*, c'est-à-dire inférieure à 2% du prix à l'exportation, la procédure antidumping doit être immédiatement clôturée.

*

238. Parmi les nombreuses formes de prix discriminatoires dont se préoccupe le droit antitrust de l'Union, celles qui ont une dimension géographique peuvent être comparées au dumping. Il ressort de cette comparaison des caractéristiques intrinsèques des prix condamnés une asymétrie entre le dumping discriminatoire et les prix discriminatoires anticoncurrentiels géographiques. Le premier est unidirectionnel contrairement aux seconds. Celui-ci est toujours transnational alors que ceux-là peuvent être intra ou interétatique, c'est-à-dire mis en œuvre à l'intérieur de frontières nationales ou entre deux États. Cette asymétrie est toutefois atténuée par

p. 607 et 609). V., également, Michel WAELBROECK, « Price Discrimination and Rebate Policies under EU Competition Law », préc. ; spéc. p. 155 ; John TEMPLE LANG et Robert O'DONOGHUE, « Defining Legitimate Competition : How to Clarify Pricing Abuses under Article 82 EC », préc. ; spéc. p. 119 : « *Provided that the seller has done nothing to keep national markets separate, these price differences are usually lawful* ». Dans cet article, MM TEMPLE LANG et O'DONOGHUE proposent de comprendre la référence faite par la Cour, dans l'arrêt *United Brands* aux niveaux de prix artificiellement différents (au pt 233), comme limitant l'interdiction aux prix discriminatoires liés à des pratiques qui restreignent la concurrence (v. p. 115).

⁸⁹¹ TPICE, 6 octobre 1994, *Tetra Pak c/ Commission*, aff. T-83/91, préc. (v. pts 163 et 169).

⁸⁹² CJCE, 14 février 1978, *United Brands c/ Commission*, aff. 27/76, préc. La Cour de justice se contente de les mentionner sans en tirer de conséquence (pt 224). La Commission n'y est guère plus attentive : après avoir remarqué que « *les différences dans ces prix peuvent atteindre certaines semaines 30 à 50%* » elle note qu'« *une telle pratique a pour effet de contribuer à maintenir des niveaux de prix sensiblement différents dans chacun des États membres concernés* » (soulignement ajouté).

une similitude. Les différenciations tarifaires respectivement appréhendées par les législations antitrust et antidumping peuvent échapper à la condamnation par la preuve de justifications partiellement similaires. Par ailleurs, l'action antitrust se distingue par un intérêt concentré sur les rabais et autres remises et ristournes aux effets d'éviction nocifs pour la concurrence. Elle se préoccupe assez peu des prix discriminatoires géographiques, à la disparition desquels devrait conduire la mise en place de conditions de concurrence homogènes au sein du marché intérieur, notamment par le jeu des libertés de circulation et l'harmonisation des législations nationales. Ainsi la fréquence de constatation des importations en dumping discriminatoire, élevée par rapport à la rareté des cas de prix discriminatoires géographiques, constitue-t-elle la différence la plus visible entre l'action antidumping et le droit antitrust en matière de discrimination par les prix.

Section 2 – L'absence d'équivalence entre le dumping à perte et les prix bas anticoncurrentiels

239. En principe, le dumping apparaît lorsque les ventes à l'exportation sont effectuées à des prix inférieurs à ceux pratiqués sur le marché domestique. Par exception, dans certaines circonstances, il se caractérise par une vente à l'exportation à un prix inférieur aux *coûts totaux moyens augmentés d'une marge bénéficiaire raisonnable*. Si le caractère discriminatoire demeure en apparence, l'infériorité du prix à l'exportation n'est plus établie par rapport à un prix réel, mais par rapport à ce niveau de coûts augmentés d'un bénéfice. Dans une telle situation, le dumping est dit *à perte*. Cet ordre du principe et de l'exception est celui de l'article VI du GATT. À la méthode de principe de calcul de la valeur normale – le prix sur le marché domestique – cet article autorise la substitution d'une méthode alternative consistant à construire cette valeur. Cette opération est la voie par laquelle la dimension *à perte* du dumping trouve une place, en principe secondaire, dans la législation et la pratique antidumping. L'interprétation donnée à l'une des circonstances permettant la substitution d'une valeur théorique à un prix constaté a parachevé l'émergence de cette conception secondaire du dumping, en rendant possible la condamnation des ventes à l'exportation *à perte*, en l'absence de toute discrimination réelle des prix.

L'existence originelle et le développement subséquent de cette seconde dimension doivent être exposés et le niveau à *perte* du prix de dumping expliqué (§ I.), afin de comparer ce dumping à *perte* avec les pratiques de prix bas proscrites par le droit antitrust de l'Union (§ II.). De cette comparaison résulte une absence d'équivalence entre le dumping et les prix bas anticoncurrentiels.

§ I. Le dumping à perte

240. Si le dumping à *perte* existait déjà dans l'article VI du GATT signé en 1947, il était à l'origine une dimension. À l'origine véritablement secondaire, cette dimension à *perte* du dumping s'est développée, à partir des années 1970, chez certaines Parties au GATT. Cette évolution fut consacrée et devint multilatérale avec l'adoption du troisième Code antidumping en 1994. Son importance justifie qu'une subdivision particulière lui soit consacrée (A.). La notion de *dumping à perte* repose sur deux niveaux de prix considérés par la législation antidumping comme trop bas : les ventes domestiques à perte (les ventes à pertes *anormales*) et les ventes à l'exportation à perte (les ventes à pertes *condamnées*). *Stricto sensu*, ces dernières ne sont pas à *perte*, puisque le seuil retenu n'est pas les coûts totaux, comme dans les ventes *anormales*, mais ces coûts augmentés d'un bénéfice raisonnable. Par convention, l'expression à *perte* visera ici, s'agissant des ventes prises en compte, soit l'infériorité du prix aux *coûts totaux moyens* (expression dont les initiales forment le sigle CTM) – pour les ventes à pertes *anormales* – soit son infériorité aux *coûts totaux moyens augmentés d'une marge bénéficiaire raisonnable* (expression dont les initiales forment le sigle CTMAMBR) – pour les ventes à pertes *condamnées* –, bien que seules ces dernières constituent le *dumping à perte*. Dans les deux cas, les niveaux des prix considérés trop bas par la législation antidumping sont pourtant élevés (B.).

A. L'évolution d'une dimension du dumping originellement secondaire

241. Traditionnellement, le dumping est une pratique de vente à l'exportation⁸⁹³ d'un produit à un prix inférieur à celui pratiqué pour le produit similaire sur le marché domestique. Telle était l'unique conception retenue par la première législation antidumping, la loi antidumping canadienne de 1904. Telle était également la seule dimension retenue par Jacob Viner dans son ouvrage de référence, en 1923⁸⁹⁴. Si le dumping discriminatoire pouvait cacher une tarification à l'exportation en dessous des coûts (augmentés d'un bénéfice), sa condamnation ne dépendait pas du constat de pertes à l'exportation.

En utilisant, pour désigner le second terme de la comparaison génératrice de la marge de dumping, l'expression *valeur normale*, l'article VI du GATT de 1947 permettait que ce second terme ne soit pas un prix. Cette valeur normale peut être une valeur théorique, construite, et non une valeur réelle, constatée. Lorsque la valeur normale est construite, le dumping est une vente à l'exportation à un prix inférieur à un certain niveau de coûts augmentés d'un bénéfice.

Des trois modes de définition de cette valeur normale, la détermination du « *prix comparable pratiqué au cours d'opérations commerciales normales pour un produit similaire, destiné à la consommation dans le pays exportateur* »⁸⁹⁵ – ou *prix domestique* – était élevée au rang de méthode de principe. Elle y demeure. Mais « *en l'absence d'un tel prix sur le marché intérieur* », le GATT envisageait dès l'origine le recours « *au prix comparable le plus élevé pour l'exportation d'un produit similaire vers un pays tiers au cours d'opérations commerciales normales* » ou « *au coût de production de ce produit dans le pays d'origine, plus un supplément raisonnable pour les frais de vente et le bénéfice* »⁸⁹⁶, c'est-à-dire, respectivement, au *prix à l'exportation vers un pays tiers* ou à la *valeur construite*.

⁸⁹³ Sachant qu'elle est appréhendée par la législation du pays importateur lorsque les importations correspondantes causent un préjudice important.

⁸⁹⁴ Jacob VINER reconnaissait que, parmi les sens possibles du mot dumping, figurait celui des ventes à prix non rémunérateurs pour les vendeurs. À son avis, seul le sens de vente à l'étranger à un prix inférieur au prix domestique devait être retenu. Si un tel dumping pouvait s'accompagner de celui envisagé dans le premier sens, en pratique ceci n'était pas systématique. Il soutenait que la seule caractéristique essentielle du dumping était la discrimination de prix entre acheteurs sur différents marchés nationaux (Jacob VINER, *Dumping: A Problem in International Trade*, *op. cit.* ; spéc. p. 291-294).

⁸⁹⁵ Article VI:1(a) du GATT.

⁸⁹⁶ Article VI:1(b), (i) et (ii), du GATT.

Depuis 1947, l'article VI du GATT est resté inchangé mais les codes antidumping successifs ont précisé les situations d' « *absence d'un tel prix* », ainsi que les deux méthodes alternatives. Ainsi, le premier Code, adopté en 1968, a ajouté à l'absence totale de vente au cours d'opérations commerciales normales, l'hypothèse où, « *du fait de la situation particulière du marché, de telles ventes ne permettent pas une comparaison valable* »⁸⁹⁷. Le second Code n'ajouta rien à cet égard. Le troisième Code a adjoint l'hypothèse où « *du fait [...] du faible volume des ventes sur le marché intérieur du pays exportateur, de telles ventes ne permettent pas une comparaison valable* »⁸⁹⁸.

L'absence de hiérarchie entre les deux méthodes alternatives, dans l'article VI comme dans les codes antidumping successifs, a permis, et permet toujours, lorsque la méthode du prix domestique sur le marché intérieur – ou marché d'exportation – est inadéquate, de recourir à la construction de la valeur normale, et de condamner ainsi le simple fait d'exporter à *perte* lorsqu'il en résulte un préjudice important.

242. Chaque fois que le recours à la méthode alternative de la valeur construite est permis, le dumping résulte de la vente à l'exportation à un prix « *inférieur au coût de production du produit, plus un supplément raisonnable pour les frais de vente et le bénéfice* »⁸⁹⁹. Ainsi l'article VI – qui présente à cet égard une manifeste filiation avec la législation américaine⁹⁰⁰ – a-t-il proposé aux Parties au GATT un dumping à deux dimensions : un dumping discriminatoire, véritable discrimination de prix transnationale, et un dumping à *perte*, forme de vente transnationale à *perte*. Le dumping condamné n'est plus nécessairement une pratique de discrimination de prix. Si l'aspect discriminatoire peut être présent, il cède le pas devant l'aspect excessivement bas du prix à l'exportation.

⁸⁹⁷ Article 2, d), du premier Code antidumping.

⁸⁹⁸ Article 2.2 du second Code antidumping.

⁸⁹⁹ Article VI:1(ii) du GATT.

⁹⁰⁰ En effet, l'*Antidumping Act* de 1921 contenait un critère des coûts de production. La loi américaine permettait la construction de la valeur normale par l'addition des coûts, des frais généraux et d'un bénéfice minimum, en tant que méthode alternative, pour les rares cas où toutes les ventes domestiques seraient restreintes, par exemple par des restrictions à la revente (*resale restrictions*), et pour les rares hypothèses dans lesquelles les marchandises en cause seraient produites seulement pour l'exportation. V., à cet égard, Gary N. HORLICK, « The United States Antidumping System », p. 99-166, in : John H. JACKSON et Edwin A. VERMULST (éds.), *Antidumping Law and Practice, A comparative Study*, New-York, Harvester Wheatsheaf, 1990, 520 p. ; ici p. 133: « Congress introduced a cost criterion into the 1921 Antidumping Act as a "fallback" for those somewhat rare cases when all home market sales were restricted, for example, by resale restrictions, in some form, or when all of the merchandise was produced solely for export to the U.S. ».

La généralisation de l'utilisation de la conception secondaire fut une *révolution* qui eut lieu aux États-Unis en 1974, à l'occasion du vote discret d'un amendement au *Trade Act*⁹⁰¹. En pratique, cet amendement a permis de qualifier de ventes à prix inférieur à la valeur normale, non seulement les ventes à prix inférieur au prix pratiqué sur le marché domestique, mais aussi les ventes à prix inférieur aux coûts de production totaux bénéficiaires⁹⁰². Pour parvenir à un tel résultat, un chemin quelque peu détourné a été emprunté. Il consiste à considérer que les ventes domestiques effectuées à un prix ne couvrant pas les coûts totaux (sans bénéfices), n'ont pas lieu au cours d'opérations commerciales normales. Si les ventes bénéficiaires restantes sont insuffisantes pour établir la valeur normale, la méthode de principe est écartée et celle de la valeur construite utilisée⁹⁰³ : est alors effectuée à prix de dumping une vente à un prix inférieur aux coûts de production totaux bénéficiaires. La conformité au GATT d'une telle interprétation de la notion d'*opération commerciale normale* a été discutée, en particulier au regard du principe du traitement national énoncé par l'article III du GATT⁹⁰⁴. Sa conformité au premier Code antidumping, adopté en 1967, pouvait aussi être questionnée⁹⁰⁵.

243. S'agissant de la Communauté, c'est à l'occasion de la troisième modification du premier règlement antidumping de base⁹⁰⁶ que fut permis le développement de la conception secondaire du dumping. Par l'ajout des premiers exemples d'opérations commerciales anormales, était introduite dans la législation antidumping

⁹⁰¹ V. Gary N. HORLICK, « The United States Antidumping System », préc. ; ici p. 134 : « *The wider use of fully allocated cost as a normal benchmark was a revolution which occurred quietly in 1974 when a little noticed amendment was added to the Trade Act of 1974* ».

⁹⁰² Patrick F. J. MACRORY, « Cost of Production as the Sole Measure of Dumping », in : John H. JACKSON et Edwin A. VERMULST (éds.), *Antidumping Law and Practice, A comparative Study*, New-York, Harvester Wheatsheaf, 1990, 520 p., p. 384-388 ; spéc. p. 384.

⁹⁰³ Ce schéma est particulièrement bien décrit par Gary N. HORLICK, « The United States Antidumping System », préc. ; spéc. p. 134.

⁹⁰⁴ Gary N. HORLICK, « The United States Antidumping System », préc. ; spéc. p. 134.

⁹⁰⁵ Certes, celui-ci avait précisé les situations d'« *absence d'un tel prix* » domestique permettant le recours à l'une des deux méthodes alternatives – l'article 2, d) du Code envisageait la situation dans laquelle « *aucune vente du produit similaire n'a lieu au cours d'opérations commerciales normales sur le marché intérieur du pays exportateur* » et celle dans laquelle « *du fait de la situation particulière du marché, de telles ventes ne permettent pas une comparaison valable* » –, dont la construction de la valeur normale, mais dans un sens qui ne semblait pas autoriser l'évolution américaine.

⁹⁰⁶ Lorsque la Communauté adopta son premier règlement de base, en avril 1968, elle s'inspira largement du premier Code antidumping adopté quelques mois auparavant. À l'image de ce dernier, ce premier règlement de base ne contenait aucune définition des opérations commerciales anormales. Ce n'est qu'à l'occasion de sa troisième modification, plus de 10 ans plus tard, que les premiers exemples d'opérations commerciales anormales y furent ajoutés.

communautaire la notion de *ventes domestiques à perte*⁹⁰⁷. Ces modifications furent reprises dans le second règlement antidumping de base, adopté le 20 décembre 1979⁹⁰⁸. Pourtant, le deuxième Code antidumping, adopté le 12 avril 1979 à l'issue des négociations du Tokyo Round⁹⁰⁹, n'apportait aucune modification à cet égard au premier Code. La notion de ventes domestiques à perte y était ignorée. C'est, en fait, dans un accord conclu en 1978 entre l'Australie, le Canada, les États-Unis et la Communauté (suite à l'amendement américain de 1974) que le règlement communautaire d'août 1979 trouve son origine⁹¹⁰. Les dispositions communautaires

⁹⁰⁷ Règlement (CEE) n° 1681/79 du Conseil, du 1^{er} août 1979, modifiant le règlement (CEE) n° 459/68 relatif à la défense contre les pratiques de "dumping", primes ou subventions de la part de pays non membres de la Communauté économique européenne, *JOCE* L 196, 2 août 1979, p. 1. À condition qu'elles soient échelonnées sur une période assez longue et portent sur des quantités substantielles, et que les prix en cause ne permettent pas de couvrir tous les coûts dans un délai raisonnable, les ventes à un prix inférieur au coût de production du produit pouvaient désormais être considérées comme n'ayant pas été effectuées au cours d'opérations commerciales normales. Pouvaient alors être utilisées, pour le calcul de la valeur normale, les autres ventes bénéficiaires sur le marché intérieur, ou les ventes à l'exportation destinées à un pays tiers, ou la valeur construite ou, enfin, les prix à *perte* ajustés. L'article 1 du règlement (CEE) n° 1681/79, préc., nouvel article 3 du premier règlement de base, disposait en effet : « Article 3 [...] 2. [...] B) *Lorsqu'il existe des raisons valables de penser ou de suspecter que le prix auquel un produit est vendu réellement en vue de la consommation dans le pays d'origine est inférieur à son coût de production, les ventes réalisées à de tels prix peuvent être considérées comme n'ayant pas été effectuées au cours d'opérations commerciales normales si : aa) elles se sont échelonnées sur une période assez longue et ont porté sur des quantités substantielles, et si bb) les prix pratiqués ne permettent pas de couvrir tous les coûts dans un délai raisonnable au cours d'opérations commerciales normales. Dans ces conditions, la valeur normale peut être déterminée sur la base des autres ventes sur le marché intérieur faites à un prix qui n'est pas inférieur au coût de production ou sur la base des ventes à l'exportation destinées à des pays tiers, ou sur la base de la valeur construite ou encore en ajustant le prix intérieur au coût de production visé ci-dessus afin d'éliminer les pertes et de prévoir un bénéfice raisonnable. Ce calcul de la valeur normale est basé sur les informations disponibles* ».

⁹⁰⁸ Règlement (CEE) n° 3017/79 du Conseil, du 20 décembre 1979, relatif à la défense contre les importations qui font l'objet de "dumping" ou de subventions de la part de pays non membres de la Communauté européenne, *JOCE* L 339, 31 décembre 1979, p. 67. Abrogeant le règlement de 1968 et modifiant le droit antidumping communautaire « à la lumière des accords de 1979 » en matière de dumping et de subventions, il reprit à l'identique la formulation introduite en août 1979. V. considérant n° 4 du règlement (CEE) n° 3017/79. À l'issue du Tokyo Round, fut également adopté un premier Code anti-subvention (*l'Accord relatif à l'interprétation et à l'application des Articles VI, XVI et XXIII de l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce*) adopté le 12 avril 1979, pour les gouvernements l'ayant accepté ou y ayant accédé à cette date. Jusqu'en 1994, un seul règlement contenait les dispositions antidumping et antisubventions. En décembre 1995 (règlement (CE) n° 384/96) et octobre 1997 (règlement (CE) n° 2026/97) deux règlements distincts étaient adoptés pour remplacer les deux règlements adoptés en décembre 1994 (règlements (CE) n° 3283/94 et (CE) n° 3284/94), tous deux empreints de nombreuses erreurs et défauts d'ordre rédactionnel.

⁹⁰⁹ *Accord relatif à la mise en œuvre de l'article VI de l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce*, adopté le 12 avril 1979, entré en vigueur le 1^{er} janvier 1980 pour les gouvernements l'ayant accepté ou y ayant accédé à cette date (*JOCE* L 71, 17 mars 1980, p. 90).

⁹¹⁰ Jean-François BELLIS, « The EEC Antidumping System », in : John H. JACKSON et Edwin A. VERMULST (éds.), *Antidumping Law and Practice, A comparative Study*, New-York, Harvester Wheatsheaf, 1990, 520 p., p. 41-97 ; spéc. p. 74. Le second considérant du règlement n° 1681/79 en est l'aveu, puisqu'il estime nécessaire la clarification de certains concepts, dont celui d'opérations

relatives aux ventes dans le pays d'origine à prix inférieur aux coûts de production ne subiront aucune modification jusqu'en 1994⁹¹¹.

244. La consécration au niveau multilatéral des pratiques unilatérales des principaux utilisateurs de mesures antidumping de l'époque – États-Unis, Communauté européenne, Canada et Australie – fut l'un des enjeux du Cycle de l'Uruguay. En 1994, ces pays promoteurs de l'antidumping ont réussi à faire consacrer leur conception du dumping. Ce qui n'était, dans le droit du GATT, qu'une dimension résiduelle d'application occasionnelle, est devenu, dans le droit de l'OMC, une véritable seconde branche de la notion de dumping, certes toujours formellement secondaire mais d'importance, sinon égale, du moins comparable à la dimension discriminatoire.

La question des ventes à perte ayant finalement été traitée dans le nouveau Code antidumping, la législation communautaire fut modifiée pour en transposer les résultats. À propos des conditions d'exclusion, les dispositions du Code sont comparables à celles de la législation communautaire préexistante : les ventes à perte sur le marché d'exportation (ou ventes domestiques à perte) ne sont exclues que si elles sont effectuées sur une période étendue en quantité substantielle et à des prix qui ne permettent pas de couvrir tous les frais dans un délai raisonnable⁹¹². La réunion de ces trois conditions entraîne le constat d'anormalité des opérations en cause⁹¹³. Des précisions furent aussi introduites s'agissant, d'une part, de la prise en compte, pour déterminer le caractère à perte des ventes domestiques, des coûts liés aux opérations

commerciales normales, « *en tenant compte notamment de la pratique établie des principaux partenaires commerciaux de la Communauté* ».

⁹¹¹ L'importance prise par cette conception secondaire fut telle dans la pratique américaine qu'un auteur évalua la pertinence de l'abandon de la traditionnelle comparaison des prix pour ne conserver, comme mesure de l'existence d'un dumping, qu'un critère fondé sur les coûts : v. Patrick F. J. MACRORY, « Cost of Production as the Sole Measure of Dumping », préc. L'auteur rapporte que, dans les années 1980, dans deux tiers des enquêtes antidumping ouvertes par l'administration américaine, il était question de ventes domestiques en dessous des coûts de production ou de valeur construite.

⁹¹² V. article 2.2.1 du Code antidumping et article 2, paragraphe 4, du règlement de base. Les notions de *période étendue*, *quantité substantielle* et de *prix ne permettant pas de couvrir tous les coûts dans un délai raisonnable* sont précisées par le Code à l'article 2.2.1 et aux notes en bas de page n° 4 et 5, ainsi que par le règlement de base, article 2, paragraphe 4.

⁹¹³ En effet, les ventes à perte ne sont pas *stricto sensu* anormales ; elles ne le sont que lorsque les trois conditions mentionnées sont réunies. Lorsque tel n'est pas le cas, les ventes à perte ne constituent pas des opérations commerciales anormales. Conditions d'exclusion et conditions d'anormalité sont ainsi confondues.

de démarrage⁹¹⁴ et, d'autre part, des règles d'évaluation et d'allocation des coûts de production et des frais de vente, dépenses administratives et autres frais généraux⁹¹⁵.

245. Formellement, le dumping demeure une discrimination entre un prix et une valeur. Mais il ne correspond plus nécessairement à une discrimination entre deux prix réels sur deux marchés nationaux. Une situation de dumping peut, techniquement, être constatée alors même qu'il n'y a pas de discrimination internationale de prix⁹¹⁶. En effet, lorsque des ventes existent sur le marché domestique, mais qu'elles sont écartées pour la détermination de la valeur normale au motif qu'elles ont lieu au cours d'opérations commerciales anormales, une situation de dumping peut être établie alors même que le prix domestique écarté est égal au prix à l'exportation. Il est d'ailleurs possible que le prix domestique réel écarté soit inférieur au prix à l'exportation : une situation de *dumping à l'envers* est alors appréhendée. Certes le dumping discriminatoire peut viser, dans les faits, un prix à l'exportation à *perte*. Mais, dans une telle situation, ce n'est pour cette raison qu'il est condamnable.

B. Les niveaux élevés des prix considérés trop bas

246. La notion de *dumping à perte* permet d'appréhender l'exportation, vers un marché d'importation, de produits dont le prix à l'exportation est inférieur aux coûts totaux moyens augmentés d'une marge bénéficiaire raisonnable (CTMAMBR) du produit similaire sur le marché domestique, tandis que le dumping discriminatoire vise la même opération lorsque ce prix à l'exportation est inférieur au prix domestique. Mise à part cette différence essentielle, le dumping à perte partage les caractéristiques du dumping discriminatoire précédemment exposées⁹¹⁷ : il s'agit d'une vente à *perte* transnationale, dans la mesure où la *perte* est réalisée sur un marché *politique* distinct du marché domestique de l'auteur du dumping ; ce dumping

⁹¹⁴ Article 2.2.2.1 du Code antidumping ; article 2, paragraphe 4 du règlement de base.

⁹¹⁵ Articles 2.2.2.1 et 2.2.2. du Code antidumping ; paragraphes 5 et 6 de l'article 2 du règlement de base. Curieusement le considérant n° 6 du règlement de base n° 384/96 semble réserver l'application des dispositions relatives à la méthode à appliquer pour déterminer les montants des frais de vente, dépenses administratives et autres frais généraux, à la seule construction de la valeur normale. Les dispositions du Code précitées sont, il est vrai, ambiguës sur ce point.

⁹¹⁶ V. P. K. M. THARAKAN, « Is Anti-Dumping Here to Stay ? », *The World Economy*, 1999, vol. 22, n° 2, p. 179-206 ; spéc. p. 187-206.

⁹¹⁷ V. *supra* n° 208 et s.

est *unidirectionnel*, puisque seule la vente à perte à l'exportation est condamnable ; la pratique tarifaire est *injustifiée*, en ce sens que le prix à l'exportation est constaté à *perte* une fois effectués tous les ajustements nécessaires en vue d'une comparaison équitable entre ce prix et la valeur normale construite.

Deux niveaux de prix considérés trop bas sont appréhendés par la législation antidumping. Les conséquences attachées à l'infériorité au niveau applicable varient selon que le prix trop bas est *domestique* ou à *l'exportation*. Ainsi doivent être distinguées les *ventes à perte anormales* – faites à un prix inférieur aux coûts totaux moyens (CTM) (1°) – des *ventes à perte condamnées* – effectuées à un prix inférieur aux coûts totaux moyens augmentés d'un bénéfice raisonnable (CTMAMBR) (2°)⁹¹⁸.

1° Des prix anormaux parce qu'inférieurs aux coûts totaux moyens

247. Les ventes à pertes *anormales* sont domestiques. Pour les règles de l'OMC, ce sont des ventes à « *prix inférieurs aux coûts de production unitaires (fixes et variables) majorés des frais d'administration et de commercialisation et des frais de caractère général* »⁹¹⁹. Dans le langage européen, équivalent bien que légèrement différent, il s'agit des ventes « à des *prix inférieurs aux coûts de production unitaires (fixes et variables), majorés des frais de vente, dépenses administratives et autres frais généraux* »⁹²⁰. Autrement dit, les ventes à perte anormales sont des ventes à prix inférieurs aux coûts totaux moyens (CTM). Il s'agit bien des coûts moyens – et non des coûts marginaux – puisqu'ils ne sont pas calculés pour chaque unité produite mais totalisés puis divisés par le nombre d'unités considérées.

Lorsque les trois conditions précédemment évoquées⁹²¹ sont réunies, les ventes domestiques à perte peuvent être écartées du calcul de la valeur normale. Elles sont considérées comme des opérations commerciales anormales. Selon l'importance quantitative de ces opérations anormales par rapport à l'ensemble des ventes domestiques considérées⁹²², leur mise à l'écart sera *partielle* ou *totale*. Dans le premier cas, seules les ventes anormales sont ignorées ; les autres ventes domestiques

⁹¹⁸ L'expression *ventes à perte* ne figure ni dans l'article VI du GATT, ni dans le Code antidumping. Elle est, en revanche, utilisée par la législation antidumping de l'Union (v. considérant n° 5 du règlement de base), à propos de ce que nous qualifions ici de *ventes à perte anormales*.

⁹¹⁹ Article 2.2.1 du Code antidumping.

⁹²⁰ Article 2, paragraphe 4, du règlement de base.

⁹²¹ V. *supra* n° 244.

⁹²² V. *infra* n° 299.

sont utilisées pour déterminer la valeur normale. Si la valeur normale demeure établie à partir des prix domestiques, elle est toutefois substantiellement augmentée puisque seules les ventes domestiques à prix coûtant et les ventes bénéficiaires sont prises en compte. Dans le second cas, toutes les ventes domestiques sont écartées : la valeur normale est alors construite.

2° **Des prix condamnés car inférieurs aux coûts totaux moyens augmentés d'un bénéfice**

248. Les ventes à pertes *condamnées* sont des ventes à l'exportation à prix inférieur à la valeur normale construite. Chaque fois que les autorités compétentes recourent à la construction de la valeur normale, le dumping résulte de l'infériorité du prix à l'exportation à cette valeur normale théorique. Cette dernière est établie par l'addition de tous les coûts de production, majorés « *d'un montant raisonnable pour les frais d'administration et de commercialisation et les frais de caractère général, et pour les bénéfices* »⁹²³. Ainsi, le prix à l'exportation est inférieur aux coûts totaux moyens augmentés d'une marge bénéficiaire raisonnable (CTMAMBR).

Les seuils de prix en dessous desquels sont constatées, d'une part, des ventes à pertes condamnées (prix < CTMAMBR) et, d'autre part, des ventes à perte anormales (prix < CTM), ne sont pas identiques. Le niveau du premier seuil est supérieur à celui du second. Ainsi, une vente ne couvrant pas tous les coûts de production majorés d'un bénéfice raisonnable constitue une vente à perte condamnée, ou dumping à *perte*, alors qu'est considérée comme anormale une vente domestique à un prix inférieur aux seuls coûts totaux. Un même prix peut être condamné (CTM < prix < CTMAMBR) sans être anormal (car prix > CTM). Cette application de standards différents entre *produits vendus sur le marché domestique* et *produits exportés*, cette différence de traitement, qui, sans sa reconnaissance par le troisième Code antidumping en 1994, pourrait se révéler contraire au principe du traitement national énoncé par l'article III

⁹²³ Article 2.2 du Code antidumping, explicitant l'article VI:1(b)(ii) du GATT. L'article 2, paragraphe 3, du règlement de base prévoit la majoration par « *un montant raisonnable pour les frais de vente, les dépenses administratives et autres frais généraux et d'une marge bénéficiaire raisonnable* ».

du GATT, serait justifiée par la nécessité de décourager le développement, à l'étranger, de capacités de production excessives⁹²⁴.

249. Lorsque la valeur normale est construite, la législation antidumping permet de condamner des exportations effectuées à des prix supérieurs aux coûts totaux moyens. En effet, il suffit que ces prix soient inférieurs à ces coûts totaux moyens augmentés d'un bénéfice raisonnable. À cette première anomalie d'un point de vue concurrentiel, s'ajoute le fait que les circonstances autorisant le recours à la construction de la valeur normale font intervenir un niveau de prix considéré trop bas qui intègre la totalité des coûts, fixes et variables. Pour être anormale, il est suffisant qu'une vente domestique soit à un prix inférieur aux coûts totaux moyens. Il n'est pas requis que son prix soit situé en deçà d'un seuil de coûts inférieur.

Ces deux niveaux des prix considérés trop bas par la législation antidumping apparaissent élevés, en particulier par comparaison avec les niveaux des prix que le droit antitrust proscrire en raison de leur faiblesse. Sur ces aspects relatifs au niveau des prix trop bas, la législation antidumping diffère nettement du droit antitrust.

§ II. Les prix bas anticoncurrentiels

250. Contrairement à certaines pratiques antitrust explicitement visées par les articles 101 et 102 TFUE, les prix anormalement bas ne figurent dans aucune de leurs listes exemplatives, non exhaustives, de comportements anticoncurrentiels. Par contraste avec le dumping à perte conventionnellement⁹²⁵ et législativement défini⁹²⁶, les prix bas anticoncurrentiels sont l'œuvre de la pratique administrative et de la jurisprudence⁹²⁷.

⁹²⁴ Gary N. HORLICK, « The United States Antidumping System », préc. ; spéc. p. 136.

⁹²⁵ Par l'article VI du GATT et par le Code antidumping.

⁹²⁶ Son étude est, dès lors, essentiellement « législative », mais pas exclusivement puisque la pratique décisionnelle de la Commission et la jurisprudence jouent un rôle dans l'application et l'interprétation de la notion de dumping préjudiciable dont les composantes sont définies par le règlement antidumping de base.

⁹²⁷ La Commission présente parfois les prix prédateurs comme des prix « *non équitables* », visés par l'article 102, a), TFUE, ce qui rattacherait les prix bas anticoncurrentiels – au moins partiellement – à l'un des exemples d'abus de position dominante : v. décision de la Commission du 16 juillet 2003, relative à une procédure d'application de l'article 82 du traité CE (COMP/38.233 – *Wanadoo Interactive*) (non publiée) (paragraphe 168) ; v. également, Comm. eur., *Communication de la Commission relative à l'application des règles de concurrence aux accords d'accès dans le secteur des télécommunications*, JOCE C 265, 22 août 1998, p. 2 (paragraphe 110).

En matière de prix anormalement bas, la principale difficulté réside dans la distinction entre, d'une part, les prix préjudiciables à la concurrence et, d'autre part, les prix simplement agressifs mais bénins. La prohibition par le droit antitrust de certains prix en raison de leur faible niveau ne peut qu'être exceptionnelle. En effet, si « toute concurrence par les prix ne peut [...] être considérée comme légitime »⁹²⁸, « une stratégie agressive en matière de prix est un instrument essentiel de la concurrence »⁹²⁹. D'ailleurs, selon la Cour de justice, « la fonction de la concurrence en matière de prix est de maintenir les prix au niveau le plus bas possible »⁹³⁰. Difficile est, par conséquent, l'identification des prix bas anticoncurrentiels et illicites dans l'océan des prix bas concurrentiels et licites⁹³¹. L'application du test du concurrent aussi efficace, par la Commission⁹³² et les juridictions européennes⁹³³, devrait permettre d'éviter l'écueil d'une condamnation de prix bas bénéfiques à la concurrence et aux consommateurs⁹³⁴.

251. Le droit antitrust de l'Union prohibe certaines pratiques commerciales en raison du faible niveau du prix. Certains prix bas sont anticoncurrentiels du seul fait de leur faible niveau et, par suite, tel le dumping à perte, sont appréhendés pour eux-mêmes.

⁹²⁸ CJCE, 3 juillet 1991, *Akzo Chemie BV c/ Commission*, aff. C-62/86, préc. (pt 70) ; pour des répétitions récentes, v. Trib.UE, 29 mars 2012, *Telefónica e.a. c/ Commission*, aff. T-336/07 (pt 172), et *Espagne c/ Commission*, aff. T-398/07 (pt 93), arrêts non encore publiés au *Rec.*). En outre, « la concurrence par les prix ne constitue pas la seule forme efficace de concurrence ni celle à laquelle il doit, en toutes circonstances, être accordé une priorité absolue » : v. CJCE, 25 octobre 1977, *Metro c/ Commission*, aff. 26/76, *Rec.* p. 1875 (pt 21) ; CJCE, 9 septembre 2003, *Conorzio Industrie Fiammiferi (CIF) c/ Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, aff. C-198/01, *Rec.* p. I-8055 (pt 68) ; TPICE, 27 septembre 2006, *GlaxoSmithKline Services Unlimited c/ Commission*, aff. T-168/01, préc. (pt 109).

⁹²⁹ Décision n° 88/138/CEE de la Commission, du 22 décembre 1987 (IV/30.787 et 31.488 – *Eurofix-Bauco/Hilti*), préc. (paragraphe 81).

⁹³⁰ CJCE, 14 juillet 1972, *Imperial Chemical Industries Ltd (ICI) c/ Commission (Matières colorantes)*, aff. 48/69, *Rec.* p. 619.

⁹³¹ L'avocat général MENGOZZI, dans ses conclusions sous CJUE, 27 mars 2012, *Post Danmark A/S*, aff. C-209/10, préc., explique qu'« [e]n matière tarifaire, si la responsabilité particulière qui échoit à l'entreprise dominante a conduit la Cour à juger que toute concurrence par les prix ne peut être considérée comme légitime (Voir, notamment, arrêt *Akzo/Commission*, précité (point 70), cette affirmation signifie cependant qu'une telle concurrence est généralement autorisée, voire même recommandée, sauf exception. En effet, la concurrence par les prix étant généralement bénéfique, elle ne saurait être, par principe, interdite aux entreprises occupant une position dominante sur un marché donné » (pt 57).

⁹³² Dans ses *Orientations sur les pratiques d'éviction abusives*, préc., la Commission explique son intention de n'intervenir, en principe, que contre les pratiques tarifaires qui entravent la concurrence d'entreprises aussi efficaces que l'entreprise dominante (paragraphe 23).

⁹³³ V. CJUE, 17 février 2011, *TeliaSonera Sverige AB*, aff. C-52/09, *Rec.* p. I-527 (pt 33) et, surtout, CJUE, 27 mars 2012, *Post Danmark A/S*, aff. C-209/10, non encore publié au *Rec.* (pts 35 et 38).

⁹³⁴ En effet, « une concurrence vigoureuse par les prix est généralement profitable aux consommateurs » (Comm. eur., *Orientations sur les pratiques d'éviction abusives*, préc., paragraphe 23).

D'autres ne le sont que si, outre leur faible niveau, ils s'inscrivent dans un contexte particulier. Autrement dit, ces derniers sont sanctionnés seulement si certains éléments additionnels sont constatés. Ainsi peuvent être distingués les *prix bas anticoncurrentiels simples* et les *prix bas anticoncurrentiels complexes*.

Si cette distinction est pertinente pour l'exposé de la manière dont le droit antitrust appréhende les pratiques de prix faibles, dans la perspective d'une comparaison des prix bas anticoncurrentiels avec, en premier lieu et principalement, le dumping à perte et, en second lieu et accessoirement, les ventes à pertes anormales, il convient de lui préférer une présentation articulée selon la couverture (**A.**), ou non (**B.**) des coûts totaux (fixes et variables) par les prix bas considérés.

En effet, en matière antidumping, les prix à perte anormaux sont inférieurs aux coûts totaux alors que les prix à perte condamnés sont supérieurs à ces coûts. Or, c'est par rapport à ces concepts de la législation antidumping qu'une comparaison avec le droit antitrust révélera l'absence d'équivalence entre le dumping à perte et les prix bas anticoncurrentiels.

A. Les prix anticoncurrentiels inférieurs aux coûts totaux moyens

252. En droit antitrust européen, les pratiques désignées par l'expression *prix prédateurs*⁹³⁵ correspondent, selon le niveau du prix considéré, soit à un *prix bas simple*, soit à un *prix bas complexe* : dans les deux cas, le prix doit être inférieur à un certain niveau de coûts (1°). Lorsqu'inférieurs au niveau de coûts applicable, ces prix ne sont anticoncurrentiels, en eux-mêmes ou inscrits dans un plan d'éviction, qu'à défaut de justification admissible (2°).

1° Des prix anticoncurrentiels selon deux niveaux distincts de coûts

253. Dans l'arrêt de principe rendu dans l'affaire *Akzo*, la Cour de justice a défini comme prédateurs, d'une part, les « *prix inférieurs à la moyenne des coûts variables* » et, d'autre part, les « *prix inférieurs à la moyenne des coûts totaux, qui comprennent les coûts fixes et les coûts variables, mais supérieurs à la moyenne des coûts variables [...] lorsqu'ils sont fixés dans le cadre d'un plan ayant pour but*

⁹³⁵ L'OCDE semble leur préférer la formule *prix d'éviction*, traduction de l'anglais *predatory pricing* : v. OCDE, « Note de référence » in : OCDE, Table ronde, *Predatory Foreclosure*, 2004, 279 p.

d'éliminer les concurrents »⁹³⁶. Cet arrêt, aurore prétorienne de la prédation tarifaire et invariable référence dans les affaires de prix prédateurs postérieures, énonce un test de la prédation à deux branches⁹³⁷. Ainsi, anticoncurrentiels par eux-mêmes lorsqu'ils sont inférieurs aux coûts variables moyens⁹³⁸, les prix bas ne sont prédateurs, lorsqu'ils sont supérieurs aux coûts variables moyens mais inférieurs aux coûts totaux moyens, qu'inscrits dans un plan d'éviction. Le test de la relation prix-coûts est alors couplé à un test dit *d'intention*, bien que l'intention prédatrice ne soit pas le seul élément pris en compte. En d'autres termes, illicites en raison de leur seul faible niveau dans le premier cas, les prix bas ne le sont, dans le second, que s'ils s'inscrivent dans une stratégie prédatrice établie.

À la subjectivité du test de la Commission⁹³⁹, la Cour a préféré un test plus objectif qui combine un critère principal objectif – « *fondé sur une comparaison des prix*

⁹³⁶ CJCE, 3 juillet 1991, *Akzo Chemie BV c/ Commission*, préc. (pts 71 et 72) : « 71. Des prix inférieurs à la moyenne des coûts variables (c'est-à-dire de ceux qui varient en fonction des quantités produites) par lesquels une entreprise dominante cherche à éliminer un concurrent doivent être considérés comme abusifs. Une entreprise dominante n'a, en effet, aucun intérêt à pratiquer de tels prix, si ce n'est celui d'éliminer ses concurrents pour pouvoir, ensuite, relever ses prix en tirant profit de sa situation monopolistique, puisque chaque vente entraîne pour elle une perte, à savoir la totalité des coûts fixes (c'est-à-dire de ceux qui restent constants quelles que soient les quantités produites), et une partie, au moins, des coûts variables afférents à l'unité produite.

72. Par ailleurs, des prix inférieurs à la moyenne des coûts totaux, qui comprennent les coûts fixes et les coûts variables, mais supérieurs à la moyenne des coûts variables doivent être considérés comme abusifs lorsqu'ils sont fixés dans le cadre d'un plan ayant pour but d'éliminer un concurrent. Ces prix peuvent, en effet, écarter du marché des entreprises, qui sont peut-être aussi efficaces que l'entreprise dominante mais qui, en raison de leur capacité financière moindre, sont incapables de résister à la concurrence qui leur est faite ».

⁹³⁷ En dernier lieu rappelé dans par la Cour de justice dans l'affaire *Post Danmark* (CJUE, 27 mars 2012, *Post Danmark A/S*, aff. C-209/10, préc., pt 27).

⁹³⁸ En réalité, le second élément n'est pas absent : il est présumé : en effet, « dans le cas de la non-couverture des coûts variables, le second élément, c'est-à-dire l'intention de prédation, est présumé » (TPICE, 30 janvier 2007, *France Télécom SA c/ Commission*, aff. T-340/03, *Rec.* p. II-107, pt 107). Plus récemment, la Cour a réitérée la formule selon laquelle « les prix inférieurs à la moyenne des coûts "variables" (c'est-à-dire ceux qui varient en fonction des quantités produites) doivent être considérés, en principe, comme abusifs, dans la mesure où, en appliquant de tels prix, une entreprise occupant une position dominante est présumée ne poursuivre aucune autre finalité économique que celle d'éliminer ses concurrents » (CJUE, 27 mars 2012, *Post Danmark A/S*, aff. C-209/10, préc., pt 27).

⁹³⁹ À l'occasion de son premier véritable contact avec la notion de prix prédateurs dans l'affaire *Akzo*, la Cour de justice a approuvé les conclusions de la Commission quant au caractère abusif du comportement en cause. Il s'agissait de l'offre par Akzo d'additifs pour la farine à des prix anormalement bas (décision n° 85/609/CEE de la Commission, du 14 décembre 1985, aff. IV/30.698 – *ECS/Akzo Chemie*, *JOCE* L 374, 31 décembre 1985, p. 1). Elle a toutefois écarté le test proposé par la Commission. D'apparence unitaire, le test de cette dernière ne reposait pas sur le test des coûts élaboré par les auteurs américains AREEDA et TURNER (Philip E. AREEDA et Donald F. TURNER, « Predatory Pricing and Related Practices under Section 2 of the Sherman Act », *Harv. L. Rev.*, vol. 88, 1975, p. 697, « Scherer on Predatory Pricing : A Reply », *Harv. L. Rev.*, vol. 89, 1976, p. 891 et « Williamson on Predatory Pricing », *Yale L. J.*, vol. 87, 1978, p. 1337 ; test repris par la majorité des Cours d'appel fédérales américaines dès les années soixante-dix : v. Jean-Jacques MOLAS, *Les*

concernés et de certains coûts encourus par l'entreprise » – avec un critère secondaire subjectif – reposant sur « *la stratégie de celle-ci* »⁹⁴⁰. Défini à propos de pratiques de prix sélectives, ce test, qui présente des avantages apparents de simplicité et de prévisibilité, a ensuite été appliqué à des pratiques dépourvues d'une telle sélectivité⁹⁴¹.

254. Ainsi, le droit antitrust de l'Union appréhende différemment les prix excessivement bas selon qu'ils ne couvrent pas même les coûts variables moyens (CVM) ou qu'ils ne couvrent pas les coûts totaux moyens (CTM) tout en surpassant les CVM⁹⁴².

Les premiers sont présumés prédateurs et donc illicites. Cette présomption de comportement abusif est fondée sur l'irrationalité économique d'un tel comportement, qui ne peut s'expliquer que par l'intention de l'entreprise « *d'éliminer ses concurrents pour pouvoir, ensuite, relever ses prix en tirant profit de sa situation*

prix prédateurs, thèse (dactyl.), Paris X, 2001, 852 p. ; spéc. p. 298), mais sur une combinaison de multiples critères visant à établir l'intention d'éviction, qualifiée de « *test de l'intention en matière de prix prédateurs* » (*ibid.* ; ici p. 306). La Commission défendait une conception dynamique des prix prédateurs, par opposition à la conception statique retenue par la Cour (*ibid.* ; spéc. p. 298) : son approche moins mécanique que le seul critère des coûts accordait un poids plus grand à la dimension stratégique du comportement tarifaire. Pourtant, elle distinguait déjà l'hypothèse dans laquelle l'intention d'éviction est si évidente qu'elle est présumée, de celle dans laquelle l'existence de doutes quant au sens du faible niveau des prix requiert la démonstration de l'intention d'éviction. Rejetant le test de la Commission fondé sur l'intention, la Cour de justice adopta un test fondé sur les coûts, ceux-ci ne constituant pas le seul critère, mais néanmoins le principal

⁹⁴⁰ CJUE, 27 mars 2012, *Post Danmark A/S*, aff. C-209/10, préc. (pt 28).

⁹⁴¹ En effet, le test défini par la Cour de justice a été appliqué par la Commission dans l'affaire *Tetra Pak* (décision n° 92/163/CEE de la Commission du 24 juillet 1991 (IV/31.043 – *Tetra Pak II*), préc.), pour sanctionner diverses pratiques tarifaires d'une entreprise dominante sur les marchés des machines et cartons d'emballage qui, à l'exception de l'une d'entre elles, n'étaient pas sélectives. Les prix prédateurs étaient proposés à tous les clients sur le marché pertinent. S'agissant de la pratique sélective, le Tribunal confirma, à la suite de la Commission, que, même ponctuelles, des ventes à perte étaient susceptibles de présenter un caractère abusif. La présomption de caractère prédateur des prix inférieurs à la moyenne des coûts variables fut confirmée par le Tribunal (TPICE, 6 octobre 1994, *Tetra Pak International SA c/ Commission*, aff. T-83/91, préc.) et, sur pourvoi, par la Cour de justice (CJCE, 14 novembre 1996, *Tetra Pak International SA c/ Commission*, aff. C-333/94 P, préc.).

⁹⁴² Pour déterminer l'infériorité d'un prix à la moyenne des coûts variables, l'identification des coûts variables, par opposition aux coûts fixes, constitue un préalable indispensable. Sans affecter la règle énoncée dans son principe, les qualifications données aux coûts en marquent son application. Dans l'affaire *Akzo*, la Commission proposait de considérer variables les coûts généralement considérés comme tels par la plupart des systèmes comptables. Elle suggérait ainsi un critère abstrait, universellement pertinent. Par conséquent, elle estimait variables les coûts de main-d'œuvre, d'entretien, de stockage et d'expédition. Au contraire, la Cour considéra « *qu'un élément de coût ne relève pas par nature des coûts fixes ou des coûts variables* » et qu'il convient d'examiner, au cas par cas, si un coût particulier varie en fonction des quantités produites. Refusant tout postulat, la Cour consacrait ainsi un critère concret : CJCE, 3 juillet 1991, *Akzo Chemie BV/Commission*, préc. (pts 92, 94 et 95).

monopolistique »⁹⁴³. L'intention de prédation est présumée⁹⁴⁴. Pourtant, dans ses orientations sur les pratiques d'éviction, la Commission semble assouplir la première branche du test de l'arrêt *Akzo* puisque, bien que visant l'arrêt, elle estime que l'infériorité au premier seuil de coût est un « *indice clair* » de l'abus, indiquant ainsi que ce n'est pas une preuve déterminante⁹⁴⁵. Par ailleurs, en indiquant que les prix inférieurs au CVM « *doivent être considérés, en principe, comme abusifs* », la Cour semble reconnaître qu'un tel prix puisse être licite⁹⁴⁶.

Les seconds ne sont abusifs que si un élément intentionnel est démontré. Est par principe licite le prix inférieur à la moyenne des coûts totaux mais supérieur à la moyenne des coûts variables. Pour commettre une infraction concurrentielle, l'entreprise qui pratique un tel prix doit le faire dans le but d'éliminer un ou plusieurs de ses concurrents. La Cour requiert l'inscription des prix bas inférieurs aux CTM dans un plan ayant un tel but, autrement dit leur insertion dans une stratégie ayant une telle finalité. Ce plan d'éviction de la concurrence doit être établi sur la base d'indices sérieux et concordants. Est ainsi exigée la coïncidence d'éléments autres que le niveau du prix⁹⁴⁷, tels que la sélectivité des prix inférieurs aux coûts totaux moyens, le subventionnement de la perte par les revenus réalisés sur d'autres

⁹⁴³ CJCE, 3 juillet 1991, *Akzo Chemie BV c/ Commission*, préc. (pt 71).

⁹⁴⁴ TPICE, 30 janvier 2007, *France Télécom SA c/ Commission*, aff. T-340/03, préc. (pt. 197).

⁹⁴⁵ Comm. eur., *Orientations sur les pratiques d'éviction abusives*, préc. (paragraphe 64). V., en ce sens, Selon Anne-Sophie CHONÉ, « Premiers regards sur les orientations de la Commission par l'application de l'article 82 CE aux pratiques d'éviction », *Europe*, 3/2009, étude n° 3, p. 4-7. Elle estime (p. 7) que « *les lignes directrices signent la fin du système de présomption issu de l'arrêt Akzo. [...] Si le coût inférieur à la moyenne des coûts variables est un indice hautement significatif de la preuve de l'abus, il n'est plus qualifiant. Encore faudra-t-il démontrer que, par ses prix prédateurs, l'opérateur dominant est susceptible d'évincer un concurrent "au moins aussi efficace"* ».

⁹⁴⁶ CJUE, 27 mars 2012, *Post Danmark A/S*, aff. C-209/10, préc. (pt 27). Elle semble ainsi contredire le Tribunal pour qui ces prix inférieurs au CVM « *sont considérés per se comme abusifs, parce que le seul intérêt que peut avoir l'entreprise à pratiquer de tels prix est d'éliminer ses concurrents* », et « *doivent toujours être considérés comme abusifs* » : TPICE, 30 janvier 2007, *France Télécom SA c/ Commission*, aff. T-340/03, préc. (pt 195 et 224 ; soulignement ajouté). Bien qu'ayant semblé avoir validé cette approche en notant que « *au point 224 de l'arrêt attaqué, le Tribunal a, tout d'abord, rappelé que, dans les arrêts précités AKZO/Commission (points 71 et 72) ainsi que Tetra Pak/Commission (point 41), la Cour a jugé, d'une part, que les prix inférieurs à la moyenne des coûts variables doivent toujours être considérés comme abusifs...* », elle indiquait toutefois que dans l'arrêt *Akzo*, elle a « *précisé [...] que les prix inférieurs à la moyenne des coûts variables doivent être considérés, en principe, comme abusifs* » : CJCE, 2 avril 2009, *France Télécom SA c/ Commission*, aff. C-202/07 P, préc. (pts 33 et 109 respectivement, soulignement ajouté).

⁹⁴⁷ En l'espèce, les prix inférieurs aux coûts totaux n'étaient consentis par Akzo qu'à la clientèle d'ECS. Akzo avait subventionné les réductions de prix sur le marché concerné avec les revenus procurés par ses activités sur d'autres marchés. Surtout, la Commission avait découvert des documents probants de l'existence d'un plan détaillé (décision, paragraphe 81). Enfin, à l'égard de certains clients d'ECS au moins, les prix bas avaient été pratiqués pendant une période prolongée (arrêt, pt 140).

marchés, l'existence de documents prouvant l'intention prédatrice et la durée de la période de vente à perte. Par ailleurs, une stratégie d'éviction peut consister, non en l'élimination des concurrents, mais en la préemption d'un marché émergent⁹⁴⁸.

255. Si le test à deux branches de l'arrêt *Akzo* demeure pertinent, les niveaux de coûts non couverts par les prix jugés prédateurs ont connus des évolutions.

Quant au « *critère plancher* »⁹⁴⁹ du test *Akzo*, les critiques formulées, notamment par l'OCDE⁹⁵⁰, à l'endroit du critère des CVM comme indicateurs de l'illicéité présumée du comportement tarifaire, ont conduit à la consécration du critère des coûts évitables moyens (CEM) dans les orientations de la Commission sur les abus d'évictions adoptées en 2009. Le test de coûts de l'arrêt *Akzo* connaît une adaptation par la substitution du seuil des CEM à celui des CVM. Un tel aménagement a été accepté par la Cour dans l'arrêt *Post Danmark*, à propos d'un remplacement des CVM par les coûts incrémentaux moyens (CIM), sinon équivalents, du moins voisins des CEM⁹⁵¹. La Cour comble ainsi une « *lacune dans la jurisprudence* »⁹⁵², dans les cas où les coûts communs à plusieurs produits/services sont importants. L'incongruité des CVM dans certaines situations particulières avait été reconnue par la Commission dans le secteur postal dès 1998⁹⁵³ et confirmée en 2001. Dans l'affaire *Deutsche Post AG*, s'agissant d'activités protégées par un monopole légal, s'inscrivant dans le cadre de

⁹⁴⁸ Ce que montre la décision de la Commission du 16 juillet 2003 (COMP/38.233 – *Wanadoo Interactive*), préc.

⁹⁴⁹ Expression empruntée à l'avocat général MENGOLZI, conclusions sous CJUE, 27 mars 2012, *Post Danmark A/S*, aff. C-209/10, préc. (pt 38).

⁹⁵⁰ A l'issue d'une table ronde consacrée à la « *Predatory foreclosure* », l'OCDE a recommandé l'utilisation des coûts évitables moyens (CEM) présentés comme « *une variante du test d'Areeda-Turner* » (OCDE, Table ronde, *Predatory Foreclosure*, 15 mars 2005, Note de référence du secrétariat ; préc. p. 65, 67 et 68).

⁹⁵¹ Laurent FLOCHEL, « Les coûts de court terme – Application aux tests de prix prédateurs », *Concurrences*, n° 1-2010. Il explique que « *le coût incrémental et le coût évitable sont en général identiques* » (paragraphe 15).

⁹⁵² Anne-Lise SIBONY, *Chroniques Pratiques unilatérales*, commentaire de l'arrêt *Post Danmark*, *Concurrences*, n° 2-2012, p. 64-68, ici p. 67.

⁹⁵³ Dans le secteur postal, v. Comm. eur., *Communication de la Commission sur l'application des règles de concurrence au secteur postal et sur l'évaluation de certaines mesures d'État relatives aux services postaux*, JOCE C 39, 6 février 1998, p. 2 (paragraphe 3.4). Dans le secteur des réseaux de communication, soulignant que les coûts fixes communs à plusieurs services y sont nettement plus importants que dans la plupart des autres secteurs, la Commission expliqua que, « *dans le cas de la fourniture de services de télécommunications, [...] pour appliquer le test de l'arrêt Akzo [...] les coûts considérés doivent comprendre le coût marginal total qui est imputable à la fourniture du service (...) sur une durée supérieure à un an* » ; v. Comm. eur., *Communication de la Commission relative à l'application des règles de concurrence aux accords d'accès dans le secteur des communications*, préc. (paragraphe 110-116).

la jurisprudence *Akzo*⁹⁵⁴, la Commission, par une adaptation opportune du test de coûts, avait considéré abusifs des prix inférieurs aux coûts incrémentaux⁹⁵⁵.

Les CEM sont définis par la Commission comme la « *moyenne des coûts qui auraient pu être évités si l'entreprise n'avait pas produit une unité (supplémentaire), en l'occurrence celle qui fait l'objet d'un comportement abusif* »⁹⁵⁶. Autrement dit, le CEM « *inclut en sus des coûts variables (en fonction des quantités), les coûts fixes de court terme, c'est-à-dire ceux supportés pendant la période concernée* »⁹⁵⁷. La Commission explique que le CEM « *reflète mieux un éventuel sacrifice* » que le CVM, car « *par exemple, si l'entreprise dominante [doit] développer ses capacités afin de pouvoir adopter un comportement prédateur, les coûts irrécupérables liés à cette capacité supplémentaire* » sont pris en compte dans le CEM⁹⁵⁸. Le CIM sont une adaptation du CEM dans le cas d'une activité multi-produits⁹⁵⁹.

⁹⁵⁴ En soulignant que la Cour y décrit « *les coûts variables comme "ceux qui varient en fonction des quantités produites"* » : décision n° 2001/354/CE de la Commission, du 20 mars 2001, relative à une procédure d'application de l'article 82 du traité CE (COMP/35.141 – *Deutsche Post AG*), JOCE L 125, 5 mai 2001, p. 27 (v. paragraphes 35 et 36).

⁹⁵⁵ L'aménagement de la première branche de l'alternative énoncée dans l'arrêt *Akzo*, par substitution au critère du coût moyen variable (CVM), du seuil du coût évitable moyen (CEM) ou du coût incrémental moyen (CIM) concerne non seulement les affaires impliquant des activités protégées par un monopole légal, mais également celles des industries de réseaux récemment ouvertes à la concurrence. Dans le premier cas, il s'agit d'éviter que les activités réservées ne subventionnent les activités concurrentielles. Dans le second cas, l'opérateur historique dominant, anciennement monopoliste, ne doit pas pouvoir protéger ou maintenir sa position monopolistique par des prix prédateurs. Le niveau très élevé des coûts fixes et celui très faible des coûts variables rendent une simple application de la règle dégagée dans l'arrêt *Akzo* inadaptée (Comm. eur., *Communication de la Commission relative à l'application des règles de concurrence aux accords d'accès dans le secteur des télécommunications*, préc. (paragraphes 110 à 116) ; v., également, la contribution de la Commission européenne intitulée « *Issues for a balanced and practical enforcement policy* », in : OCDE, *Roundtable on Competition Policy, Predatory Foreclosure*, 15 mars 2005, p. 231-241 ; spéc. p. 236). À défaut d'un aménagement, l'opérateur historique pourrait aisément couvrir ses seuls coûts variables et licitement empêcher l'arrivée de tout nouvel entrant, d'efficacité égale ou supérieure, sur le marché en phase de libéralisation ou récemment libéralisé (Comm. eur., *DG Competition discussion paper on exclusionary abuses*, préc. ; paragraphe 126).

⁹⁵⁶ Comm. eur., *Orientations sur les pratiques d'éviction abusives*, préc. (paragraphe 26 et note n° 2 sous ce paragraphe). Le CEM avait été préconisé en 2005 dans un document de réflexion sur les abus d'éviction (Comm. eur., *DG Competition discussion paper on exclusionary abuses*, préc. ; paragraphes 106 et s.). Dans les deux documents, la Commission explique que le CEM et le CVM sont identiques dans la plupart des cas, puisque seuls les coûts variables peuvent généralement être évités. Mais si des coûts fixes sont nécessaires pour produire le service ou produit en cause, ils sont inclus dans le CEM qui est alors supérieur au CVM.

⁹⁵⁷ Laurent FLOCHEL, « *Les coûts de court terme – Application aux tests de prix prédateurs* », préc. ; ici paragraphe 13.

⁹⁵⁸ Comm. eur., *Orientations sur les pratiques d'éviction abusives*, préc. (note n° 3 sous paragraphe 64).

⁹⁵⁹ Laurent FLOCHEL, « *Les coûts de court terme – Application aux tests de prix prédateurs* », préc. ; spéc. paragraphe 15. L'avocat général MENGOLZI explique, dans ses conclusions sous l'arrêt *Post Danmark A/S* (CJUE, 27 mars 2012, aff. C-209/10, préc.), que les coûts incrémentaux « *prennent en compte les coûts fixes et les coûts variables de l'activité spécifique développée sur le marché ouvert à*

Enfin, pour tenir compte des caractéristiques d'un marché émergent en phase d'expansion, dans l'affaire *Wanadoo Interactive*, avec l'approbation subséquente des juridictions européennes, la Commission a procédé au retraitement des coûts comptables par l'étalement sur plusieurs années, selon le principe de l'amortissement d'une immobilisation, des coûts variables non récurrents, en l'occurrence des coûts de conquête ou d'acquisition de la clientèle⁹⁶⁰.

256. Quant au seuil supérieur de coûts non couverts par les prix, utilisé dans le test *Akzo*, la Commission a indiqué, dans ses orientations sur les pratiques d'éviction, qu'elle était susceptible d'utiliser le coût marginal moyen à long terme (CMMLT⁹⁶¹), bon indicateur du CTM, puisqu' « *ils sont identiques dans le cas des entreprises qui ne fabriquent qu'un seul produit* »⁹⁶².

la concurrence » : ce sont « *les coûts qui résultent uniquement de la fourniture d'un service spécifique, qui dépendent de la quantité traitée et qui disparaîtraient si ce dernier était supprimé, ce qui implique que les coûts fixes communs, qui ne dépendent pas de la fourniture d'un seul service ne sont pas inclus dans les coûts incrémentaux* » (paragraphe 35 et 37).

⁹⁶⁰ Décision de la Commission du 16 juillet 2003 (COMP/38.233 – *Wanadoo Interactive*), préc. : abus sur le marché français de l'accès à Internet à haut débit pour les clients résidentiels (v. paragraphes 76 à 81 et 257 à 264). Cette approche des coûts retraités, écartant le test de couverture des coûts statiques utilisé dans les affaires *Akzo* et *Tetra Pak*, ainsi que la méthode des cash-flows actualisés proposée par l'opérateur dominant, a été approuvée par le Tribunal : TPICE, 30 janvier 2007, *France Télécom SA c/ Commission*, aff. T-340/03, préc. (pts 129 à 156) ; v. note Georges DECOCQ, *Contrats, conc. consom.*, 2007, n° 74 ; et note Laurence IDOT, *Europe*, 3/2007, n° 99. La Cour, saisie d'un pourvoi contre cet arrêt, a déclaré irrecevable le moyen relatif à la méthode de calcul des coûts ; CJCE, 2 avril 2009, *France Télécom SA c/ Commission*, aff. C-202/07 P, *Rec.* p. I-2369 (pts 62-73). Dans ses conclusions sous un autre arrêt, l'avocat général MAZAK présente cette affaire comme un exemple de succès de l'adaptation de son approche standard par la Commission, celle-ci ayant « *procédé à un ajustement majeur dans l'application du critère de prédation résultant de la jurisprudence Akzo* » afin de l'adapter à un marché en forte croissance : conclusions du 2 septembre 2010 sous CJUE, 17 février 2011, *TeliaSonera Sverige AB*, préc. (pts 55-57).

⁹⁶¹ Alors qu'elle aurait dû écrire *coût incrémental moyen à long terme* (v., en ce sens Christian MONTET, « Appliquer l'article 82 CE aux évictions abusives : la Commission donne ses orientations », *RLC*, 2009/19, p. 118-120, paragraphe 11), puisque la version anglaise des orientations utilise l'expression LRAIC (« *long-run average incremental cost* »), là où la version française recourt au CMMLT.

⁹⁶² Comm. eur., *Orientations sur les pratiques d'éviction abusives*, préc. (paragraphe 26 et note n° 2 sous ce paragraphe). La Commission y précise que « *[s]i des entreprises fabriquant plusieurs produits réalisent des économies de gamme, le CMMLT serait inférieur au CTM pour chaque produit, car les véritables coûts communs ne sont pas pris en compte dans le CMMLT. Dans le cas des produits multiples, tous les coûts qui auraient pu être évités en ne produisant pas un produit ou une gamme de produits bien précis ne sont pas considérés comme des coûts communs* ».

257. Selon la Commission, l'entreprise dominante sur le marché protégé par le monopole légal ne doit pas pouvoir utiliser les profits dégagés sur ce dernier pour établir ou défendre une position sur un autre marché, souvent lié au marché monopolisé. Pour éviter un tel subventionnement croisé susceptible d'éliminer toute concurrence effective sur cet autre marché, elle doit au moins couvrir ses CMMLT sur ce dernier. La problématique des subventions croisées avait déjà été évoquée dans une communication sur les services postaux dans laquelle la Commission considérait cruciale la prévention des « *subventions croisées qui entraînent une concurrence déloyale* »⁹⁶³. Cette approche en matière de *prix prédateurs subventionnés* est reprise dans son document de réflexion de 2005 et dans ses orientations de 2009⁹⁶⁴.

Un tel traitement du subventionnement croisé par le droit antitrust est intéressant dans la perspective d'une comparaison avec l'action antidumping : en effet, le dumping serait rendu possible, dans certains cas, par un mécanisme similaire. La Commission souligne qu'en matière de dumping, il arrive que « *des multinationales financent les ventes à bas prix effectuées par des filiales situées dans un pays tiers grâce aux bénéfices réalisés sur les ventes à prix élevés effectuées sur le marché national* »⁹⁶⁵. Une telle subvention ne provient pas d'une intervention étatique car c'est la législation antisubventions de l'Union qui devrait alors être mise en œuvre.

258. Il n'est pas nécessaire, pour que le prix bas soit illicite, que soit établie une raisonnable expectative de récupération ultérieure des pertes engendrées par la vente

Le CMMLT se distingue du CEM par un élément contextuel : tous deux prennent en compte les coûts fixes spécifiques (par opposition aux coûts fixes communs), mais les premiers les intègrent de manière permanente, à long terme, tandis que les seconds ne prennent en compte que les coûts fixes occasionnés par la stratégie prédatrice pendant la seule période d'application des prix en cause : OCDE, *Roundtable on Competition Policy, Predatory Foreclosure*, 15 mars 2005, contribution de la Commission européenne intitulée « *Issues for a balanced and practical enforcement policy* », p. 231-241 ; spéc. p. 233.

⁹⁶³ Comm. eur., *Communication de la Commission sur l'application des règles de concurrence au secteur postal et sur l'évaluation de certaines mesures d'État relatives aux services postaux*, préc. (paragraphe 3.1.) ; v., également, s'agissant de la prévention des subventions croisées (des activités concurrentielles par les activités sous monopole), CJCE, 17 mai 2001, *TNT Traco SpA c/ Poste Italiane SpA*, aff. C-340/99, *Rec.* p. I-4109 (pts 38 et 62).

⁹⁶⁴ Comm. eur., *DG Competition discussion paper on exclusionary abuses*, préc. (paragraphe 125) ; Comm. eur., *Orientations sur les pratiques d'éviction abusives*, préc. (note n° 2 sous le paragraphe 63 : la Commission y explique qu'une entreprise dominante sur un marché « *peut utiliser les bénéfices réalisés sur un marché monopolistique en vue d'un subventionnement croisé des activités qu'elle mène sur un autre marché et, partant, menacer d'éliminer toute concurrence effective sur cet autre marché* », l'abus étant commis sur ce second marché).

⁹⁶⁵ *Huitième rapport annuel de la Commission sur les activités antidumping et antisubventions de la Commission*, SEC(91) 92 final, 23 janvier 1991, 33 p. (paragraphe 14).

en dessous des coûts. Pour la première fois soulevée dans l'affaire *Tetra Pak II*, le Tribunal⁹⁶⁶ et la Cour⁹⁶⁷ ont tous deux répondu par la négative à la question d'une exigence d'une telle réelle possibilité de récupération des pertes⁹⁶⁸. Dans la lignée de cette jurisprudence, la Commission avait affirmé, dans sa décision *Wanadoo*, « à bon droit » selon le Tribunal⁹⁶⁹, que la jurisprudence de la Cour, comme sa propre pratique décisionnelle, « n'exigent pas la preuve de la réalité de la récupération des pertes initiales pour la constatation de l'abus de prix prédateur »⁹⁷⁰. Dans ses orientations sur les pratiques d'éviction abusives, la Commission a repris ces jurisprudence et pratique administrative⁹⁷¹. La relative incertitude qui demeurerait sur

⁹⁶⁶ Pour le Tribunal, l'infériorité des prix à la moyenne des coûts variables démontre à suffisance de droit que Tetra Pak a appliqué une politique d'éviction. Le Tribunal indique qu'il n'est pas « nécessaire d'établir, de manière spécifique, que l'entreprise en cause pouvait raisonnablement escompter récupérer les pertes ainsi consenties » (*ibid.* ; pt 150).

⁹⁶⁷ Énoncée à propos de ventes à prix inférieurs aux coûts variables, la position du Tribunal avait été confirmée par la Cour de justice, certes en termes moins décisifs. Elle affirma que, « dans les circonstances de la présente espèce, il ne serait pas opportun d'exiger en outre, à titre de preuve supplémentaire, qu'il soit démontré que Tetra Pak avait une chance réelle de récupérer ses pertes. En effet, une pratique de prix prédateurs doit pouvoir être sanctionnée dès qu'il y a risque d'élimination des concurrents » : CJCE, 14 novembre 1996, *Tetra Pak International SA c/ Commission*, aff. C-333/94 P, préc. (pt 44). Un tel risque ayant été constaté par le Tribunal, l'objectif de préservation d'une concurrence non faussée imposait de ne pas attendre que la stratégie mise en œuvre conduise, effectivement, à l'élimination des concurrents.

⁹⁶⁸ Se fondant sur la décision de la Cour suprême des États-Unis du 21 juin 1993, dans l'affaire *Brooke Group v. Brown & Williamson Tobacco*, Tetra Pak soutenait qu'une raisonnable expectation de récupération ultérieure des pertes engendrées par la vente en dessous des coûts serait nécessaire pour que les prix soient prédateurs : v. TPICE, 6 octobre 1994, *Tetra Pak International SA c/ Commission*, aff. T-83/91, préc. : « des ventes à perte ne seraient susceptibles de présenter un caractère éliminatoire que lorsque l'entreprise en cause peut raisonnablement espérer récupérer, par la suite, les pertes consenties » (pt 143).

⁹⁶⁹ TPICE, 30 janvier 2007, *France Télécom SA c/ Commission*, aff. T-340/03, préc. (pt 228).

⁹⁷⁰ Décision de la Commission du 16 juillet 2003 (COMP/38.233 – *Wanadoo Interactive*), préc. (paragraphes 332 à 335). La Commission a précisé que, si la récupération des pertes peut constituer la finalité rationnelle d'une stratégie de prédation, d'autres visées peuvent la motiver, telles que le seul objectif d'équilibre des coûts et revenus futurs ou le simple accroissement du nombre de clients et de la valeur corrélative du fonds de commerce. Elle a indiqué, en outre, qu'elle peut être inutile ou réduite pour une entreprise fournissant d'autres produits ou services très rentables et, qu'en l'espèce, elle était rendue possible par la structure du marché et par les perspectives de revenus qui lui étaient associées.

⁹⁷¹ *Contra.*, v. Anne-Sophie CHONÉ, qui estime que, dans ses orientations, la Commission a « finalement retenu » « le critère de la récupération des pertes » : « Premiers regards sur les orientations de la Commission par l'application de l'article 82 CE aux pratiques d'éviction », *Europe*, 3/2009, p. 4-7 ; ici p. 7. Il est vrai que la Commission « n'interviendra que si l'entreprise dominante est susceptible d'être à même de relever ses prix au-delà du niveau de prix qui existait sur le marché avant qu'elle adopte » le comportement prédateur, retirant ainsi un « avantage de son sacrifice », ce qui sous-entend l'idée de récupération au moins partielle (Comm. eur., *Orientations sur les pratiques d'éviction abusives*, préc., paragraphes 68-69).

cette problématique⁹⁷² a été levée par la Cour de justice, statuant sur pourvoi dans l'affaire *Wanadoo*, par l'affirmation que « *la démonstration d'une possibilité de récupération des pertes n'est pas un préalable nécessaire à la constatation d'une pratique de prix prédateurs* », quel que soit le niveau de coûts appliqué⁹⁷³.

⁹⁷² Cette relative incertitude reposait sur trois raisons : d'une part, dans la mesure où l'exigence d'une possible récupération serait « *implicitement formulée* » dans la première branche de l'alternative *Akzo*, voire « *inhérente* » à la définition de l'abus de l'arrêt *Hoffmann-La Roche*. D'après l'avocat général FENNELLY, dans ses conclusions présentées le 29 octobre 1998 dans l'affaire *Compagnie maritime belge transports SA e.a. c/ Commission*, aff. jtes C-395/96 P et C-396/96 P, *Rec.* 2000, p. I-1365 (pt 136), visant les arrêts *Akzo*, préc. (pt 71) et *Hoffmann-La Roche*, préc. (pt 91). Mais, en sens contraire, v. les conclusions de l'avocat général RUIZ-JARABO COLOMER présentées le 27 juin 1996 dans l'affaire *Tetra Pak II*, aff. C-333/94 P, préc. (pt 76), pour qui, au point 71 de l'arrêt *Akzo*, « *la Cour se limite à expliquer la raison pour laquelle l'intention éliminatoire est présumée en cas de vente à des prix inférieurs à la moyenne des coûts variables* » ;

- d'autre part, en raison d'une possible mise en évidence de ce que, dans les affaires *Akzo* et *Tetra Pak II*, la récupération était dans les faits probable : v. John TEMPLE LANG et Robert O'DONOGHUE, « *Defining Legitimate Competition : How to Clarify Pricing Abuses under Article 82 EC* », préc. ; spéc. p. 144 ;

- enfin, au motif que dans l'affaire *Wanadoo* la Commission l'a estimée plausible.

L'incertitude avait été accrue par les conclusions de l'avocat général MAZAK dans l'affaire *Wanadoo* concluant à l'annulation de l'arrêt du Tribunal, lui reprochant sa position concernant la récupération des pertes : conclusions sous CJCE, 2 avril 2009, *France Télécom c/ Commission*, aff. C-202/07 P, préc.

⁹⁷³ CJCE, 2 avril 2009, *France Télécom/Commission*, aff. C-202/07 P, préc. (pt 113 ; v. aussi pt 110). V., à cet égard, la note sur cet arrêt d'Anne-Lise SIBONY, dans la chronique « *Pratiques unilatérales* », *Concurrences*, n° 2/2009, p. 112-116.

Pourtant, la démonstration de la possibilité de récupérer les pertes est une condition à la constatation d'une pratique de prix prédateurs pour de nombreuses juridictions et autorités de concurrence, notamment américaine : v., à cet égard, William J. KOLASKY (*Deputy Assistant Attorney General, Antitrust Division, U.S. Department of Justice*), « *North Atlantic Competition Policy: Converging Toward What ?* », discours prononcé le 17 mai 2002 devant la BIICL Second Annual International and Comparative Law Conference Londres : ce responsable américain explique que, depuis la décision de la Cour suprême des États-Unis dans l'affaire *Brooke Group v. Brown & Williamson Tobacco* (509US29, 1993), le droit antitrust américain considère prédateurs les prix inférieurs à une mesure appropriée des coûts lorsqu'il existe une sérieuse probabilité que le prédateur soit capable de récupérer ses pertes par des prix monopolistiques, une fois les concurrents exclus du marché. Et la plupart des Cours d'appel fédérales considèrent que la mesure appropriée des coûts est la moyenne des coûts variables. Un responsable du département antitrust du ministère américain de la justice soulignait, en 2002, l'attachement de l'administration américaine à cette condition de récupération.

C'est aussi le cas en France : le Conseil de la concurrence, puis l'Autorité de la concurrence, ont fait de la probable récupération des pertes une condition du caractère abusif d'une pratique tarifaire. Dans une affaire concernant également *Wanadoo*, mais à propos de faits postérieurs à ceux examinés par la Commission, le Conseil « *rappelle que la prédation est une pratique tarifaire consistant, pour un opérateur dominant, à vendre en dessous de ses coûts de production dans le but d'éliminer, d'affaiblir ou de discipliner ses concurrents, sous réserve de la possibilité de récupérer à terme et sous quelque forme que ce soit les pertes accumulées délibérément* » (soulignement ajouté) ; dès lors, doivent notamment être vérifiées « *les potentialités de récupération des pertes* » : décision n° 04-D-17, du 11 mai 2004, *AOL / Wanadoo*, *BOCCRF*, 6 septembre 2004, p. 568 (paragraphe 66) ; v., notamment, antérieurement : décision n° 04-D-10, du 1^{er} avril 2004, *UGC Ciné-Cité*, *BOCCRF*, 6 septembre 2004, p. 541 ; et postérieurement : décision n° 05-D-13, du 18 mars 2005, *Canal Plus*, *BOCCRF*, 28 octobre 2005, p. 782 (paragraphe 83), décision n° 07-D-09, du 14 mars 2007, *GlaxoSmithKline France* (paragraphe 166), décision n° 07-D-39, du 23 novembre 2007, *Eurostar* (paragraphe 100 et 102) et décision n° 09-D-33, du 10 novembre 2009, *Chep France* (paragraphe 86 et 110). V., également, *Rapport annuel*, Conseil de la concurrence, 2007 ; spéc. p. 221.

2° Des prix anticoncurrentiels en l'absence d'une justification admissible

259. Un prix inférieur au niveau de coûts considérés ne sera abusif et, partant, illicite, que s'il n'est pas justifié. La Cour de justice a récemment clairement énoncé qu'un prix prédateur peut être justifié s'il est « *objectivement nécessaire* » et proportionné, ou si « *l'effet d'éviction qu'il entraîne peut être contrebalancé, voire surpassé, par des avantages en termes d'efficacité qui profitent également aux consommateurs* »⁹⁷⁴. La nécessité objective peut découler de « *raisons touchant à la santé ou à la sécurité qui sont liées à la nature du produit considéré* »⁹⁷⁵. Quant aux avantages en termes d'efficacité, ils doivent contrebalancer, voire surpasser, l'effet d'éviction et profiter « *également aux consommateurs* » : « *il appartient à l'entreprise occupant une position dominante de démontrer que les gains d'efficacité susceptibles de résulter du comportement considéré neutralisent les effets préjudiciables probables sur le jeu de la concurrence et les intérêts des consommateurs sur les marchés affectés, que ces gains d'efficacité ont été ou sont susceptibles d'être réalisés grâce audit comportement, que ce dernier est indispensable à la réalisation de ceux-ci et qu'il n'élimine pas une concurrence effective en supprimant la totalité ou la plupart des sources existantes de concurrence actuelle ou potentielle* »⁹⁷⁶.

L'approche européenne ne suit pas les recommandations de l'OCDE : la note de référence présentée dans le cadre de la table ronde « *Predatory Foreclosure* » en mars 2005 recommande, en effet, l'utilisation du *test de la récupération des pertes*, non pour établir l'existence d'un prix d'éviction, mais pour vérifier la probabilité de réussite de la stratégie d'éviction préalablement à l'établissement d'un tel prix au moyen du *test de la relation prix-coûts* (OCDE, « *Predatory Foreclosure* », mars 2005, Note de référence, v. p. 70-76 et 89).

Mais la Cour, rappelant les objectifs du droit de la concurrence de l'Union, souligne que leur poursuite « *conduit à considérer comme abusifs des comportements licites au regard d'autres systèmes de droit de la concurrence* » : Georges DECOCQ, « *Prix prédateurs et récupération des pertes* » (note sous l'arrêt), *Contrats, conc. consom.*, 2009, n° 167). L'absence de toute possibilité de récupération des pertes n'exclut pas que l'entreprise dominante parvienne à renforcer sa position à la suite, notamment, de la sortie du marché d'un ou plusieurs de ses concurrents, réduisant ainsi davantage encore le degré de concurrence déjà affaibli par la position dominante et causant aux consommateurs un dommage du fait de la limitation de leurs possibilités de choix (CJCE, 2 avril 2009, *France Télécom c/ Commission*, aff. C-202/07 P, préc. (pt 112)).

⁹⁷⁴ CJUE, 27 mars 2012, *Post Danmark A/S*, préc. (pt 41). Bien que le pt 41 de l'arrêt ne reprenne pas l'exigence de proportionnalité, elle doit être considérée comme présente ; d'ailleurs, la Commission la mentionne explicitement dans ses *Orientations sur les pratiques d'éviction abusives*, préc. (paragraphe 29).

⁹⁷⁵ Comm. eur., *Orientations sur les pratiques d'éviction abusives*, préc. (paragraphe 29).

⁹⁷⁶ CJUE, 27 mars 2012, *Post Danmark A/S*, préc. (pts 41-42).

S'il est acquis qu'une tarification en dessous des CTM (ou CMMLT) mais au-dessus des CVM (ou des CEM / CIM) puisse être justifiée⁹⁷⁷, en revanche, la possible rédemption des prix inférieurs aux CVM (ou CEM/CIM) est discutée⁹⁷⁸. En effet, apprécié comme irréfragable par certains auteurs⁹⁷⁹, jugé simple par d'autres⁹⁸⁰, le caractère de la présomption d'illicéité des prix inférieurs aux CVM est discuté. Or, si la recherche d'une intention prédatrice et sa démonstration par l'autorité de concurrence – ou le demandeur dans une action judiciaire – est évitée lorsque le prix est inférieur à la moyenne des CVM/CEM, la preuve, par le présumé prédateur, de justifications légitimes à sa pratique, *a priori* prédatrice, devrait être autorisée en toutes circonstances. D'ailleurs, la Commission admet le caractère simple de la présomption⁹⁸¹, dont l'effet serait seulement de faire peser sur l'entreprise dominante la charge de justifier sa pratique tarifaire⁹⁸². Les orientations de la Commission sur les pratiques d'éviction ne sont pas très claires sur les justifications possibles d'une pratique de prix prédateur. Elles se bornent à estimer peu probable qu'une telle pratique puisse engendrer des gains d'efficacité⁹⁸³. En tout état de cause, la Cour a reconnu dans l'arrêt *France Télécom*, postérieur à la publication des orientations, que

⁹⁷⁷ C'est à propos d'une telle tarification que, dans l'arrêt *Post Danmark A/S*, la Cour de justice se prononce sur les justifications possibles.

⁹⁷⁸ Dans l'arrêt *France Télécom SA c/ Commission* du 30 janvier 2007, aff. T-340/03, préc., le Tribunal a explicitement écarté, comme possible justification d'une pratique de prix prédateurs, les économies d'échelle et les effets d'apprentissage (v. pt 217).

⁹⁷⁹ Jean-Jacques MOLAS estime que la Cour de justice a confirmé le caractère irréfragable de la présomption dans son arrêt *Tetra Pak II*, mais considère qu'elle devrait être « *quasi-irréfragable afin de prendre en compte le contexte de cette stratégie tarifaire et plus particulièrement de vérifier l'existence ou non de raisons objectives* » (*Les prix prédateurs*, thèse précitée ; ici p. 400).

⁹⁸⁰ Dont l'avocat général FENNELLY dans ses conclusions du 29 octobre 1998 sous CJCE, 16 mars 2000, *Compagnie maritime belge transports SA e.a. c/ Commission*, aff. jtes C-395/96 P et C-396/95 P, *Rec. p. I-1365* (pt 127). V., également, Philip ANDREWS, « *Is Meeting Competition a Defense to Predatory Pricing ? – The Irish Sugar Decision Suggest a New Approach* », *ECLR*, 1998, p. 49 ; Nicolas CHARBIT, *Secteur public et droit de la concurrence*, éd. Joly, 1999 ; spéc. p. 83, note 42.

⁹⁸¹ Ainsi, dans sa décision du 16 juillet 2003 (COMP/38.233 – *Wanadoo Interactive*, préc.), la Commission a-t-elle étudié les justifications présentées de la tarification en dessous des coûts, sans préciser le niveau, la nature, de ces derniers. Dans son document de réflexion de 2005, elle explique que la présomption peut être renversée et qu'elle signifie seulement qu'une fois le prix inférieur au CEM établi, la Commission n'a pas à établir d'autres éléments.

⁹⁸² Comm. eur., *DG Competition discussion paper on exclusionary abuses*, préc., (paragraphe 109-110).

⁹⁸³ Comm. eur., *Orientations sur les pratiques d'éviction abusives*, préc. (paragraphe 74, mais v. aussi paragraphes 28 à 31).

des justifications économiques peuvent justifier une pratique de prix inférieurs au CVM⁹⁸⁴.

260. La justification tirée d'un alignement des prix sur la concurrence doit être envisagée. Elle n'est pas nécessairement acceptable. Si, en principe, il n'est pas interdit à un opérateur dominant de s'aligner sur les prix de ses concurrents⁹⁸⁵, « *cette faculté doit lui être refusée lorsqu'elle implique une non couverture par l'entreprise dominante des coûts du service en cause* »⁹⁸⁶. Cette position de la Commission a été validée par le Tribunal devant lequel elle était critiquée⁹⁸⁷, sans être subséquemment remise en cause par la Cour de justice⁹⁸⁸. Autrement dit, l'alignement au moyen de prix prédateurs ne constitue pas un blanc-seing : il ne peut justifier la pratique de prix prédateurs. La frontière entre la protection licite des intérêts commerciaux et le renforcement ou l'exploitation illicite d'une position dominante est ainsi particulièrement ténue et difficile à tracer. Un encadrement de la recevabilité de cette excuse, par des limitations quant aux niveaux relatifs des prix (égalité et non sous cotation des prix des concurrents) ou des entraves temporelles (alignement après la perte de la domination, maintien du prix en cause pendant une ou deux années), a été envisagé⁹⁸⁹. Finalement, la justification d'un comportement caractérisé comme abusif par l'exception d'alignement sur les concurrents, proposée dans le document de

⁹⁸⁴ CJCE, 2 avril 2009, *France Télécom SA c/ Commission*, aff. C-202/07 P, préc. (pt 111).

⁹⁸⁵ Décision de la Commission du 16 juillet 2003 (COMP/38.233 – *Wanadoo Interactive*), préc. (paragraphe 315) ; CJCE, 3 juillet 1991, *Akzo Chemie BV c/ Commission*, préc. (pts 134 et s.) : la Commission, explicitement, et la Cour, implicitement, semblent admettre le principe de cette justification tout en rejetant son application à l'espèce.

⁹⁸⁶ Décision de la Commission du 16 juillet 2003 (COMP/38.233 – *Wanadoo Interactive*), préc. (paragraphe 315) : l'expression *coûts du service* utilisée par la Commission dans la version française de la décision, la seule faisant foi, ne permet pas de savoir s'il s'agit des coûts variables moyens ou des coûts totaux moyens.

⁹⁸⁷ « *S'il est vrai que l'alignement de l'entreprise dominante sur les prix des concurrents n'est pas en soi abusif ou condamnable, il ne saurait être exclu qu'il le devienne lorsqu'il ne vise pas seulement à protéger ses intérêts mais a pour but de renforcer cette position et d'en abuser* » : TPICE, 30 janvier 2007, *France Télécom SA c/ Commission*, aff. T-340/03, préc. (pt 187).

⁹⁸⁸ Le pourvoi devant la Cour n'a pas conduit à remettre en cause de cette position, le moyen pertinent ayant été jugé irrecevable.

⁹⁸⁹ L'encadrement de la recevabilité de cette excuse, par des limitations quant aux niveaux relatifs des prix (égalité et non sous cotation des prix des concurrents) ou des entraves temporelles (alignement après la perte de la domination, maintien du prix en cause pendant une ou deux années), a ainsi été envisagé : propositions rapportées dans la contribution de la Commission européenne à la Table ronde de l'OCDE *Predatory Foreclosure*, mars 2005, « Issues for a Balanced and Practical Enforcement Policy », p. 231-239 ; spéc. p. 238.

réflexion⁹⁹⁰, ne figure pas dans les orientations de la Commission sur les pratiques d'évictions abusives.

B. Les prix anticoncurrentiels supérieurs aux coûts totaux moyens

261. En considérant abusifs, d'une part, les prix inférieurs aux CVM et, d'autre part, les prix qui, tout en étant supérieurs à ces coûts, sont inférieurs aux CTM et fixés dans le cadre d'un plan d'éviction des concurrents, l'arrêt *Akzo* semblait exclure, *a contrario*, qu'un prix supérieur aux CTM puisse être abusif, exclusion que tend à confirmer le récent arrêt *Post Danmark*⁹⁹¹. Pourtant, l'idée que des prix supérieurs aux coûts totaux puissent être anticoncurrentiels avait été avancée par la Commission dans sa décision *Akzo*. Elle y notait qu'une entreprise peut poursuivre son objectif d'élimination d'un concurrent par une campagne de réduction des prix sans descendre en dessous de la moyenne de ses coûts totaux⁹⁹². Selon l'avocat général Fennelly, si la Cour de justice n'a pas fait sienne cette conception dans l'arrêt *Akzo*, elle ne l'a pas non plus expressément rejetée⁹⁹³. D'ailleurs, dans l'arrêt *Ahmed Saeed* antérieur, la Cour avait envisagé que l'application d'un tarif excessivement réduit puisse constituer un comportement prohibé, sans se pencher sur la couverture par ce tarif d'un quelconque niveau de coûts⁹⁹⁴.

262. Plusieurs pratiques tarifaires distinctes, dans lesquels les prix bas ou baissés étaient néanmoins supérieurs aux coûts totaux, ont été jugées anticoncurrentielles (1°). La notion de *prix-limite*, qu'évoquent ces sanctions de prix pourtant supérieur aux coûts totaux, et sa relation avec le *dumping à perte*, seront brièvement exposées (2°).

⁹⁹⁰ Comm. eur., *DG Competition discussion paper on exclusionary abuses*, préc. (paragraphe 132).

⁹⁹¹ CJUE, 27 mars 2012, *Post Danmark A/S*, préc. (pt 36) : « les prix proposés [...] ont été évalués à un niveau supérieurs auxdits coûts totaux moyens [...]. Dans ces conditions, l'on ne saurait conclure que de tels prix ont des effets anticoncurrentiels ».

⁹⁹² CJCE, 3 juillet 1991, *Akzo Chemie BV c/ Commission*, préc. : « La réduction des prix peut être anticoncurrentielle par son objet, indépendamment du point de savoir si l'agresseur fixe ses prix au-dessus ou en dessous de ses coûts (quelle que soit la signification accordée à ceux-ci) » (pt 79).

⁹⁹³ Conclusions sur CJCE, 16 mars 2000, *Compagnie maritime belge transports SA c/ Commission*, aff. jtes C-395/96 P et C-396/96 P, *Rec. p. I-1365* (pts 126 et 130).

⁹⁹⁴ CJCE, 11 avril 1989, *Ahmed Saeed Flugreisen et Silver Line Reisebüro GmbH c/ Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs e.V.*, aff. 66/86, *Rec. p. 803* (pts 43 et 46).

1° Les prix supérieurs aux coûts totaux jugés anticoncurrentiels

263. Trois situations différentes de prix baissés ou trop bas, pourtant supérieurs aux coûts totaux, sont ici présentées : les prix pratiqués dans le cadre de la pratique dite des *navires de combat* (a.) ; les prix inéquitablement en raison d'un effet de ciseau (abus de compression de marge) (b.) ; et les prix résultant de réductions sélectives de prix ou de rabais, remises ou ristournes (c.).

264. (a.) La sanction de la pratique dite des *navires de combat* (*fighting ships*) a offert la première occasion⁹⁹⁵ d'énoncer explicitement que le niveau supérieur aux coûts des prix en cause n'exclut pas leur éventuel caractère anticoncurrentiel⁹⁹⁶. Ce comportement tarifaire à la dénomination belliqueuse serait courant dans le domaine du transport maritime. Il consiste à désigner comme navires de combat les navires dont le départ est proche de celui des navires du concurrent visé, et à fixer des prix spéciaux, dit *de combat*, pour le fret des navires désignés. Ces prix de combat dérogent au tarif normalement pratiqué par les membres de la conférence et sont déterminés de telle sorte qu'ils soient égaux ou inférieurs aux prix annoncés par le concurrent visé. Sur les lignes maritimes considérées, les auteurs de la pratique recourent, ainsi, à une pratique dont le niveau du prix participe au caractère abusif.

Mais ce prix n'est pas situé par rapport à un niveau de coûts de l'entreprise en cause. Le niveau de ce prix exceptionnel en terme absolu est indifférent et peut, par conséquent, être supérieur aux coûts totaux⁹⁹⁷. Par ailleurs, le niveau relatif critiqué –

⁹⁹⁵ Dans ses conclusions sur CJCE, 16 mars 2000, *Compagnie maritime belge transports SA e.a. c/ Commission*, aff. jtes C-395/96 P et C-396/96 P, préc., l'avocat général FENNELLY, soulignant l'originalité de l'affaire, remarquait que, pour la première fois, la Cour était invitée à analyser « les circonstances dans lesquelles une méthode de fixation des prix, dont il s'est avéré qu'elle ne débouchait pas sur l'application de prix inférieurs aux coûts, peut néanmoins être considérée comme constituant un abus de position dominante » (pt 117).

⁹⁹⁶ La Commission avait considéré que les membres d'une conférence maritime avaient abusé de leur position dominante collective en ayant recours à cette pratique dans le cadre d'un plan ayant pour but d'éliminer leur principal concurrent du marché constitué par l'ensemble des lignes maritimes entre le Zaïre et les ports de l'Europe du Nord : v. décision n° 93/82/CEE de la Commission, du 23 décembre 1992, aff. IV/32.448 et IV/32.450: *Cewal, Cowac, Ukwal, JOCE* L 34, 10 février 1993, p. 20, paragraphes 56, 61 et 73 et s.

⁹⁹⁷ Devant le Tribunal, les membres de la conférence soutenaient, au contraire, que la notion de navires de combat supposerait l'existence de pertes subies par les membres de la conférence ; ils estimaient insuffisante la réduction des marges bénéficiaires établie par la Commission : TPICE, 8 octobre 1996, *Compagnie maritime belge transports SA e.a. c/ Commission*, aff. jtes T-24/93, T-25/93, T-26/93 et T-28/93, *Rec.* p. II-1201 (pts 121 et 122). Leur thèse est rejetée et l'approche de la Commission approuvée par le Tribunal qui reconnaît que la pratique des navires de combat constitue un abus de position dominante (*ibid.* ; pts 138 à 153). Devant la Cour de justice saisie d'un pourvoi, les membres de la conférence avaient soutenu que la conception d'un plan visant à éliminer

égal ou inférieur aux prix de la victime – ne suffit pas : cet aspect s’ajoute aux caractères collectif et intentionnel de la pratique en cause. Le prix n’est qu’une composante de la pratique illicite. Doivent s’y ajouter trois autres éléments constitutifs : la désignation, comme navires de combat, des navires dont le départ est le plus proche de celui des bateaux du concurrent, la diminution des revenus résultant du nouveau tarif et l’intention démontrée d’éliminer un concurrent.

La portée de cette affaire est limitée par ses circonstances particulières⁹⁹⁸. Si elle illustre la possibilité pour un prix supérieur aux coûts totaux d’être anticoncurrentiel, elle n’est pas une pure pratique tarifaire. En outre, concernant la prestation de services, la notion de *navires de combat* paraît difficilement transposable à la fourniture de marchandises⁹⁹⁹.

265. (b.) Les prix inéquitablement en raison d’un *effet de ciseau* – ou abus par compression de marges¹⁰⁰⁰ – constituent également une forme de pratique tarifaire illicite impliquant des prix pourtant supérieurs aux coûts totaux. Un tel abus se singularise par la circonstance que la faiblesse considérée n’est pas celle des prix

un concurrent en pratiquant des réductions de prix sélectives ne pouvait constituer un abus, dès lors que les prix offerts n’étaient pas abusifs au sens défini par la Cour de justice dans l’arrêt *Akzo*. La Cour a confirmé le caractère abusif de cette pratique et rejeta implicitement l’idée que le prix devrait être inférieur aux coûts totaux : CJCE, 16 mars 2000, *Compagnie maritime belge transports SA e.a. c/ Commission*, aff. jtes C-395/96 P et C-396/96 P, *Rec.* p. I-1365).

⁹⁹⁸ Circonstances particulières : d’une part, par certaines caractéristiques du marché des transports maritimes, sur lequel les entreprises ont été autorisées, jusqu’en 2006, par le règlement (CEE) n° 4056/86 (Règlement du Conseil, du 22 décembre 1986, déterminant les modalités d’application des articles 85 et 86 du traité aux transports maritimes, *JOCE* L 378, 31 décembre 1986, p. 4), à se concerter pour la fixation des prix (conférences maritimes), et sur lequel la concurrence par les prix est, ainsi, déjà limitée (règlement abrogé par le règlement (CE) n° 1419/2006 du Conseil, du 25 septembre 2006, *JOUE* L 269, 28 septembre 2006, p. 1) ; d’autre part, par les spécificités de l’affaire, la conférence maritime concernée détenant plus de 90 % du marché en cause et n’ayant qu’un seul concurrent : v. CJCE, 16 mars 2000, *Compagnie maritime belge transports SA e.a. c/ Commission*, aff. jtes C-395/96 P et C-396/96 P, *préc.* (pts 112 à 120).

⁹⁹⁹ Elle pourrait être comparée aux « *pratiques tarifaires déloyales* » de compagnies de transports maritimes de pays tiers (ou *dumping des services de transport maritime*) appréhendées par le règlement (CEE) n° 4057/86 (règlement (CEE) n° 4057/86 du Conseil, du 22 décembre 1986, relatif aux pratiques tarifaires déloyales dans les transports maritimes, *JOCE* L 378, 31 décembre 1986, p. 14) : v. *supra* n° 62. Sont déloyaux et peuvent justifier l’imposition d’un droit compensateur s’ils causent un préjudice important aux armateurs de l’Union, les taux de fret inférieurs aux taux comparables normalement pratiqués sur la ligne considérée ou inférieurs aux taux de fret reconstruits en additionnant les coûts fixes et variables ainsi qu’une marge bénéficiaire raisonnable, lorsque de tels taux inférieurs sont rendus possibles par le bénéfice d’avantages non commerciaux octroyés par un État tiers. Ces prix déloyaux diffèrent des prix de combat en ce que le caractère faible du prix y joue un rôle plus important et, surtout, en ce qu’un avantage d’origine étatique à l’origine du faible prix doit être constaté.

¹⁰⁰⁰ Ou par *amenuisement des marges* (en anglais *margin squeeze*).

pratiqués, mais celle de l'écart entre deux prix¹⁰⁰¹. La faible marge en cause porte sur deux prix de produits différents, le premier constituant un intrant du second. Au contraire, la marge de dumping est établie entre les prix (réels ou construits) de deux produits similaires.

L'abus de compression de marges est constitué lorsqu'une entreprise dominante sur le marché amont, celui de la matière première ou d'une prestation intermédiaire (intrant), et éventuellement sur le marché aval, celui du produit ou de la prestation dérivé¹⁰⁰², maintient entre ses prix concernant les premières et les seconds une marge négative ou trop faible pour refléter ses propres coûts spécifiques de transformation¹⁰⁰³. Ainsi, les clients de l'entreprise dominante sur le marché amont ne peuvent la concurrencer sur le marché aval sans réaliser des pertes ou n'obtenir que des taux de rentabilité artificiellement réduits, même si, sur ce second marché, ils sont des concurrents aussi efficaces que l'entreprise dominante.

¹⁰⁰¹ La pratique d'effet de ciseau tarifaire abusif a été définie pour la première fois par la Commission dans l'affaire *Napier Brown* en 1988 (décision n° 88/518/CEE de la Commission, du 18 juillet 1988, relative à une procédure d'application de l'article 86 du traité CEE (IV/30.178 – *Napier Brown – British Sugar*), *JOCE* L 284, 19 octobre 1988, p. 41), exposée dans le contexte des télécommunications dans la communication « accès » (Comm. eur., *Communication de la Commission relative à l'application des règles de concurrence aux accords d'accès dans le secteur des télécommunications, Cadre général, marchés en cause et principes*, *JOCE* C 265, 22 août 1998, p. 2 ; paragraphes 117-119), décrite dans l'arrêt *IPS* en 2000 (TPICE, 30 novembre 2000, *Industries des poudres sphériques (IPS) c/ Commission*, aff. T-5/97, *Rec.* p. II-3755, pt 178), sanctionnée dans les affaires *Deutsche Telekom* en 2003 (décision n° 2003/707/CE de la Commission, du 21 mai 2003, relative à une procédure d'application de l'article 82 du traité CE (COMP/C-1/37.451, 37.578, 37.579 – *Deutsche Telekom AG*), *JOUE* L 263, 14 octobre 2003, p. 9 ; TPICE, 10 avril 2008, *Deutsche Telekom AG c/ Commission*, aff. T-271/03, *Rec.* p. II-477 ; CJUE, 14 octobre 2010, *Deutsche Telekom AG c/ Commission*, aff. C-280/08 P, *Rec.* p. I-9555) et *Wanadoo España/Telefónica* en 2007 (décision de la Commission du 4 juillet 2007, relative à une procédure d'application de l'article 82 du traité CE (COMP/38.784 – *Wanadoo España contre Telefónica*), *JOUE* C 83, 2 avril 2008, p. 6 (résumé) ; Trib.UE, 29 mars 2012, *Telefónica e.a. c/ Commission*, aff. T-336/07, et *Espagne c/ Commission*, aff. T-398/07, arrêts non encore publiés au *Rec.*), présentée dans les *Orientations sur les pratiques d'éviction abusives* (préc. ; paragraphes 80 et s.) et, en dernier lieu, précisée à l'occasion d'une question préjudicielle dans l'affaire *TeliaSonera* (CJUE, 17 février 2011, *TeliaSonera Sverige AB*, préc.).

¹⁰⁰² Dans les affaires *Napier Brown*, *Deutsche Telekom* et *Telefónica*, la domination des deux marchés concernés est vérifiée. Mais dans l'arrêt *TeliaSonera*, la Cour énonce clairement que le caractère abusif d'une pratique de compression de marge ne dépend pas de l'existence d'une position dominante sur le marché aval : CJUE, 17 février 2011, *TeliaSonera Sverige AB*, préc. (pt 89).

¹⁰⁰³ La Commission explique dans ses *Orientations sur les pratiques d'éviction abusives*, préc., qu'elle utilisera, en principe, le CMMLT de la division en aval de l'entreprise dominante (paragraphe 80). Le choix des coûts de l'entreprise dominante, autrement dit du critère du concurrent aussi efficace *stricto sensu*, par opposition au critère du concurrent hypothétique raisonnablement aussi efficace, a été validé par le Tribunal dans l'arrêt *Telefónica*, préc. (pts 189-194) : v., à cet égard, Frédéric MARTY et Anne-Lise SIBONY, note sur les arrêts *Telefónica e.a. c/ Commission* et *Espagne c/ Commission*, *Concurrences*, n° 3-2012, p. 105-110.

L'abus de compression des marges est une forme autonome de pratique abusive. Ni un niveau trop bas des prix sur le marché aval, ni un niveau excessif des prix sur le marché amont, ne doivent être démontrés. Certes, le prix pratiqué sur le marché aval est trop bas, mais non par référence à un quelconque niveau des coûts. Le niveau trop bas appréhendé est celui de l'écart entre le prix pratiqué sur le marché aval et celui de l'intrant fourni sur le marché en amont¹⁰⁰⁴.

266. (c.) Des prix supérieurs aux coûts totaux peuvent aussi être sanctionnés par le droit antitrust lorsqu'ils sont sélectifs et discriminatoires. Dans l'affaire *Hilti*, présentée comme exemple de tels prix anticoncurrentiels¹⁰⁰⁵, la pratique en cause était anticoncurrentielle en raison des caractères sélectifs et discriminatoires des réductions de prix pratiquées¹⁰⁰⁶. Cette affaire est un exemple de prix discriminatoires abusifs dans laquelle il est explicitement souligné que de tels prix réduits sont abusifs alors même qu'ils sont supérieurs aux coûts¹⁰⁰⁷. Des prix supérieurs aux coûts peuvent participer à une stratégie d'exclusion des concurrents prohibée. L'affaire *Irish Sugar* offre un autre exemple de baisse sélective de prix où il ressort que ces

¹⁰⁰⁴ Le constat d'une infériorité à un niveau de coûts est néanmoins possible dans une affaire donnée. En l'occurrence l'infériorité sera par référence aux coûts spécifiques du produit ou de la prestation sur le marché aval : l'écart entre les prix ne couvrira pas ces coûts spécifiques.

Mais les prix en amont peuvent être élevés et supérieurs aux coûts totaux de l'intrant. De même, l'entreprise dominante qui bénéficie de la marge sur l'intrant peut couvrir, avec cette marge s'ajoutant à la différence de prix avec le produit en aval, les coûts totaux de ce dernier.

¹⁰⁰⁵ John TEMPLE LANG et Robert O'DONOGHUE, « Defining Legitimate Competition : How to Clarify Pricing Abuses under Article 82 EC », préc. ; spéc. p. 127.

¹⁰⁰⁶ Par une décision du 22 décembre 1987 (décision n° 88/138/CEE de la Commission, (IV/30.787 et 31.488 – *Eurofix- Bauco/Hilti*), préc.), la Commission sanctionna comme abusifs plusieurs comportements adoptés par Hilti, un producteur de pistolets de scellement et de leurs consommables, chargeurs et clous, sur le marché communautaire des clous compatibles avec les pistolets de scellement Hilti. La Commission reprochait ainsi à Hilti d'avoir adopté une politique globale comprenant l'application de prix sélectifs et discriminatoires visant uniquement à nuire aux activités de ses concurrents ou à les dissuader de s'implanter sur le marché. Hilti sélectionnait quelques-uns des principaux clients de ses concurrents et leur offrait des conditions spécialement favorables allant même jusqu'à la gratuité. La Commission remarquait qu'« *en l'espèce, l'élément constitutif de l'abus n'est pas que les prix aient été inférieurs aux coûts* », mais qu'Hilti ait offert des prix spéciaux discriminatoires aux clients de ses concurrents en vue de nuire à leurs activités, tout en maintenant des prix supérieurs pour ses propres clients d'importance équivalente (paragraphe 81). Le Tribunal confirma le caractère abusif de ce comportement tarifaire : TPICE, 12 décembre 1991, *Hilti AG c/ Commission*, aff. T-30/89, préc. (pt 100).

¹⁰⁰⁷ Dans l'affaire *Akzo* la Commission reprochait à l'entreprise dominante, outre ses prix prédateurs, une pratique d'offres de prix sélectifs aux clients du concurrent en cause à un niveau sensiblement plus bas que celui de ses prix à sa propre clientèle : ces seconds prix couvraient les coûts totaux, mais pas les premiers sélectivement abaissés (supérieurs aux CVM mais inférieurs aux CTM). La Cour a confirmé sur ce point la décision de la Commission constatant un abus de position dominante (pts 110 à 120 de l'arrêt de la CJCE, 3 juillet 1991, *Akzo Chemie BV c/ Commission*, préc.). Les prix réduits étaient ici inférieurs aux coûts totaux.

prix n'étaient pas en dessous de la moyenne des coûts totaux : il s'agissait alors de prix réduits par le jeu de remises frontalières¹⁰⁰⁸.

Outre les réductions sélectives de prix, les condamnations de certains rabais (ou remises), notamment pour leur effet discriminatoire, illustrent l'illicéité de certaines formes de prix supérieurs aux coûts. Mais dans toutes ces situations, les niveaux des prix, tant absolus (infériorité à un niveau de coûts) que relatifs (infériorité à ceux des concurrents), ne sont pas en cause. La non-couverture d'un quelconque niveau de coûts n'est pas requise et aucune comparaison avec les prix des concurrents n'est effectuée. Contrairement à la pratique dite des *navires de combat*, dans laquelle le niveau des prix est l'un des éléments constitutifs de l'abus, ce sont les caractères sélectifs et discriminatoires des prix, et non leur niveau en terme absolu ou relatif, qui sont en cause. L'aspect discriminatoire étant sous-jacent dans le cas des *navires de combat*, il constitue le point commun entre l'ensemble des différentes pratiques tarifaires ici considérées.

267. Faibles par rapport aux prix d'un concurrent (**a.**), générant un effet de ciseau par leur faiblesse (**b.**) ou sélectivement baissés pour évincer un concurrent (**c.**), les prix supérieurs aux coûts totaux appréhendés par le droit antitrust le sont en raison de leurs effets anticoncurrentiels, présumés ou concrets, et non à cause d'une quelconque infériorité à un niveau de coûts augmenté d'un bénéfice raisonnable. Certes, l'action antidumping ne condamne les prix en dumping à perte que s'ils causent un préjudice important aux concurrents européens du ou des auteurs du dumping. Mais le droit antitrust diffère néanmoins très nettement d'une action antidumping qui autorise une réaction à l'encontre de ventes dont les prix sont simplement non bénéficiaires ou insuffisamment profitables, sans vérifier que des circonstances particulières, par ailleurs exceptionnelles, conduisent ou sont susceptibles de conduire à l'éviction de concurrents aussi efficaces que l'opérateur dominant en cause.

2° La problématique de la définition d'un prix-limite

268. Nonobstant la circonstance que certaines pratiques tarifaires dont le prix couvre les coûts totaux puissent être reconnues abusives, il n'existe en droit antitrust aucune

¹⁰⁰⁸ V. décision n° 97/624/CE de la Commission, du 14 mai 1997 (IV/34.621, 35.059/F-3 – *Irish Sugar plc*), préc. et TPICE, 7 octobre 1999, *Irish Sugar plc c/ Commission*, préc.

prohibition générale de prix supérieurs aux coûts totaux mais inférieurs à un seuil abstraitement défini.

Pourtant, la question de la pertinence et de la praticabilité de la définition d'un niveau absolu en dessous duquel un prix, bien que supérieur aux coûts totaux, pourrait être anticoncurrentiel en ce qu'il empêcherait l'arrivée de nouveaux concurrents, est soulevée par la notion de *prix-limite*. Un tel prix, rentable, est inférieur au seuil de maximisation des bénéfices à court terme. Son niveau est déterminé afin, tout en couvrant les coûts totaux de l'entreprise dominante, d'empêcher l'arrivée de nouveaux entrants qui, dans un premier temps, ne peuvent couvrir leurs coûts totaux avec un prix identique. Ainsi, le prix-limite couvre les coûts totaux et contient normalement une marge bénéficiaire. Le test de maximisation des bénéfices qui permet de le déterminer est, en pratique, très difficile à mettre en œuvre de manière incontestable.

Proposée par certains économistes¹⁰⁰⁹, envisagée¹⁰¹⁰ ou réfutée¹⁰¹¹ par d'autres, scrutée et contre-indiquée par l'OCDE¹⁰¹², l'interdiction des politiques de prix-limite n'est pas reprise en droit antitrust européen. Ainsi n'est-il pas interdit à une entreprise dominante d'abaisser ses prix de vente au niveau du prix-limite, ni *a fortiori* de les fixer en dessous de ce dernier, la raison d'être de la licéité de tels prix étant qu'ils n'entravent que l'entrée de producteurs moins efficaces que le dominant. Or ceux-ci ne méritent pas la protection des règles antitrust puisque leur arrivée sur le marché n'apportera rien – ou très peu – aux consommateurs, alors que ces derniers profitent du prix abaissé au prix-limite ou en dessous de celui-ci.

Si le concept de prix à *perte* condamnée en matière antidumping concerne également un prix bénéficiaire, il ne saurait toutefois être confondu avec cette notion de *prix-limite*.

*

¹⁰⁰⁹ Aaron EDLIN, « Stopping Above-Cost Predatory Pricing », *Yale L. J.*, vol. 111, 2002, p. 941-991.

¹⁰¹⁰ Robert E. HALL, « Potential Competition, Limit Pricing, and Price Elevation from Exclusionary Conduct », in : *Issues in Competition Law and Policy*, vol. 1, ABA Section of Antitrust Law, 2008, 2450 p., chapitre 18, p. 433-448.

¹⁰¹¹ Einer ELHAUGE, « Why Above-Cost Price Cuts To Drive Out Entrants Are Not Predatory – and the Implications for Defining Costs and Market Power », *Yale L. J.*, vol. 112, 2003, p. 681-826.

¹⁰¹² OCDE, Table ronde sur *Predatory Foreclosure*, 15 mars 2005, note de synthèse ; spéc. p. 69-70.

269. Avec la notion de *prix prédateurs*, le droit antitrust européen appréhende les pratiques de prix jugés trop bas d'une manière très différente de la législation antidumping, avec pour résultat visible que le premier apparaît nettement plus clément envers les prix bas que la seconde. Seuls les prix inférieurs aux coûts variables moyens (CVM) (ou aux CEM/CIM) sont abusifs par eux-mêmes, en raison d'une présomption de stratégie d'éviction sous-jacente. Les prix seulement inférieurs aux coûts totaux moyens (CTM) (ou aux CMMLT/CIMLT) ne sauraient être anticoncurrentiels qu'en présence d'une stratégie d'éviction établie. Or la législation antidumping considère *anormales* les ventes sur le marché d'exportation à des prix inférieurs aux CTM, la conséquence de l'anormalité étant, sous certaines conditions, l'exclusion du prix concerné pour la détermination de la valeur normale. Ainsi, en matière de prix inférieurs aux CTM, entre le droit antitrust et la législation antidumping la comparaison n'est pas véritablement possible puisque, là où le premier peut juger un prix abusif et sanctionner son auteur, la seconde se contente de déclarer la vente effectuée à un tel prix anormale et de permettre de construire la valeur normale des produits du vendeur en cause, ouvrant la voie à la condamnation du dumping à perte.

270. C'est contre le *dumping à perte*, constaté lorsque le prix à l'exportation est inférieur aux coûts totaux moyens augmentés d'une marge bénéficiaire raisonnable (CTMAMBR), et non pas contre ce prix anormal, que la législation antidumping autorise une réaction. Par la condamnation de ce dumping à perte, c'est une pratique de prix inférieurs non pas aux CTM, mais aux CTMAMBR, qui est appréhendée. Le recours à la construction de la valeur normale permet la condamnation d'un dumping à perte qui est une vente à l'exportation ne produisant pas un bénéfice suffisant. La législation antidumping appréhende ainsi un prix à l'exportation trop bas parce qu'inférieur à un seuil sensiblement supérieur à ceux utilisés dans le test des prix prédateurs. Par suite, ce *dumping à perte* ne saurait être qualifié de *dumping prédateur*. Il n'est pas l'équivalent, dans la défense commerciale, des prix prédateurs du droit de la concurrence¹⁰¹³. Nonobstant, il ne saurait être exclu que, dans certains cas, une pratique de dumping puisse, suivant une analyse antitrust, être qualifiée de

¹⁰¹³ Nonobstant, un point commun rapproche un peu les notions de *dumping à perte* et de *prix prédateurs* : l'utilisation d'un test objectif fondé sur la relation prix-coûts (au sens très large du mot *coûts*) – et non celle d'un test subjectif, proposée par la Commission dans l'affaire *Akzo*, préc.

pratique de prix prédateurs. Un tel cumul occasionnel de qualifications n'implique pas une similitude des notions !

271. Dans la perspective d'une approche comparative de la législation antidumping et du droit antitrust quant aux niveaux des prix bas visés, ce n'est donc pas aux prix prédateurs que le dumping à perte est le plus comparable, mais aux prix bas anticoncurrentiels supérieurs aux coûts totaux. Si la condamnation des pratiques de dumping à perte n'est pas rare, la prohibition par le droit antitrust de pratiques tarifaires dont les niveaux de prix sont supérieurs aux CTM n'est, et ne saurait être, que très exceptionnelle, davantage encore qu'en matière de prix inférieurs à ces coûts. En outre, si le droit antitrust appréhende, très exceptionnellement, de tels prix, ce n'est pas au motif qu'ils ne procureraient pas un bénéfice raisonnable à l'entreprise concernée, mais en raison de circonstances particulières dont il résulte que la pratique tarifaire produit des effets d'éviction sur les concurrents. Cette approche, mesurée, est très éloignée du traitement, par la législation antidumping, des prix inférieurs aux CTMAMBR. Certes, le dumping n'est condamné que s'il cause un préjudice important à l'industrie de l'Union, autrement dit aux concurrents européens. Mais ce préjudice ne s'apparente pas à une *éviction anticoncurrentielle*. La circonstance que le préjudice causé par d'autres facteurs ne soit pas attribué aux importations faisant l'objet d'un dumping et que, parmi ces autres facteurs, figure l'insuffisante productivité de l'industrie de l'Union, n'introduit pas le critère du concurrent aussi efficace dans la pratique antidumping.

CONCLUSION DU CHAPITRE II ET DU TITRE II

272. La notion de dumping est unitaire même si deux formes – *dumping discriminatoire* et *dumping à perte* – peuvent être distinguées à travers le processus de détermination de l'existence d'une situation de dumping, dont la complexité résulte de ses nombreuses étapes¹⁰¹⁴. Ces deux formes, qui ne sont identifiées ni dans la législation antidumping, ni dans les mesures de neutralisation du dumping, ni même dans la jurisprudence, ne préexistent pas à l'enquête antidumping, mais en

¹⁰¹⁴ Évaluations de la valeur normale et du prix à l'exportation ; comparaison équitable de cette valeur et de ce prix ; calcul de la marge de dumping.

résultent. C'est le recours à la construction de la valeur normale, méthode alternative à celle du prix domestique, qui conduit à déterminer un *dumping à perte*. La procédure révèle la forme de dumping en cause, mais la mesure constate que des importations ont été effectuées en dumping, sans préciser de quelle forme. Par contraste, une multiplicité de pratiques tarifaires anticoncurrentielles coexistent et sont identifiées, tant dans la pratique décisionnelle de la Commission que dans la jurisprudence européenne, telles que les *prix prédateurs* et les *prix discriminatoires*, ces derniers étant par ailleurs de formes très diverses, selon le critère de la différenciation des prix (localisation géographique, nationalité, catégorie de clientèle). S'il est reproché à l'entreprise ou aux entreprises en cause une infraction à l'article 101 ou à l'article 102 TFUE, la décision indique la pratique tarifaire particulière qui est appréhendée. Certes, parfois, discrimination et prédation tarifaires peuvent être entremêlées, une baisse sélective de prix pouvant être appréhendée comme une pratique de prix prédateurs constituant également une discrimination de prix. Mais ceci n'altère pas le fait que plusieurs pratiques tarifaires anticoncurrentielles distinctes soient identifiables. Les hésitations et les évolutions, tant de la pratique décisionnelle que de la jurisprudence, en permanence sous le regard critique de la doctrine, illustrent les difficultés pratiques d'identification des comportements tarifaires nocifs pour la concurrence, notamment s'agissant des prix bas *a priori* bénéfiques aux consommateurs, ultimes bénéficiaires du libre jeu de la concurrence. Mais ici les obstacles ne tiennent pas tant à la technicité de la détermination de la pratique (comme en matière de dumping discriminatoire ou à perte) qu'à la tâche ardue de distinguer la concurrence par les prix *a priori* légitime de celle par exception illicite.

273. L'examen des caractéristiques *extrinsèques* des pratiques tarifaires appréhendées par la législation antidumping et par le droit antitrust de l'Union révèle une multitude de divergences. L'approche de la discrimination tarifaire est *asymétrique*, puisque le dumping discriminatoire est unidirectionnel et toujours transnational, alors que les prix discriminatoires géographiques anticoncurrentiels sont bidirectionnels et peuvent être intra-national. En outre, le droit antitrust appréhende de nombreuses formes de discriminations tarifaires sans composante géographique. Quant à l'attitude envers les prix jugés trop bas, les approches ne sont pas équivalentes, le dumping à perte condamnant des ventes non ou insuffisamment

bénéficiaires, alors que la notion de prix prédateurs vise la non-couverture de certains coûts, et que les rares formes de prix anticoncurrentiels couvrant tous les coûts n'ont rien de comparables à ce dumping à perte.

Au-delà des niveaux de seuils de prix trop bas choisis et des caractères de la différenciation tarifaire, à plus d'un titre différents, une divergence fondamentale sépare les prix appréhendés, respectivement, par la législation antidumping et le droit antitrust. Elle concerne le *préjudice* pris en considération. Qu'elle soit présumée dans le cadre de l'objet, ou concrète en matière d'effet, la nocivité pour le jeu de la concurrence de la pratique tarifaire jugée anticoncurrentielle la distingue du dumping préjudiciable. L'effet recherché au travers de la condition de *préjudice important* ne concerne pas la concurrence, mais les concurrents européens des auteurs du dumping. Or, en matière antitrust, l'atteinte au libre jeu de la concurrence – le *préjudice concurrentiel* – participe à l'identification de la pratique tarifaire interdite. Les caractéristiques intrinsèques du prix interdit sont définies en tenant compte de l'objectif poursuivi de préservation du libre jeu de la concurrence. Le cas des seuils de prix en matière de prédation tarifaire est, à cet égard, particulièrement topique. En matière antidumping au contraire, le prix en dumping à perte est déterminé indépendamment du préjudice que les importations effectuées en dumping causent à l'industrie européenne concurrente des producteurs-exportateurs étrangers concernés.

274. L'approche retenue pour cet exposé des différences entre la législation antidumping et le droit antitrust de l'Union quant aux pratiques tarifaires d'entreprises qu'elles appréhendent, consistant à identifier et à comparer leurs *caractéristiques extrinsèques* et *intrinsèques*, a permis de contextualiser et de nuancer les divergences flagrantes qui résultent du seul énoncé parallèle de leurs *éléments constitutifs*. Cette démarche conduit néanmoins à la mise en évidence de nombreuses différences concernant ces caractéristiques. Quant à celles, *extrinsèques* aux prix appréhendés, non seulement les *marchés concernés* sont définis selon des méthodes assez étrangères l'une à l'autre, mais aucune des conditions dont le droit antitrust requiert la vérification dans le chef des *auteurs* des pratiques n'est recherchée en matière antidumping. Quant aux caractéristiques *intrinsèques*, l'examen comparatif des agissements condamnés en matière de discrimination tarifaire et de prix bas conduit à la double conclusion de l'absence de symétrie et de l'absence d'équivalence

entre, d'un côté, les deux formes de dumping et, de l'autre, les agissements anticoncurrentiels tarifaires comparables.

Si la politique de concurrence de l'Union a pour fonction, en matière de prix, de maintenir les prix au niveau le plus bas possible, et si elle a également pour mission de promouvoir l'innovation, la qualité et la diversité des produits et services, au contraire, la finalité première de l'action antidumping est de protéger des concurrents européens contre une concurrence tarifaire agressive jugée déloyale, que le prix des produits importés soient faibles de manière relative – *dumping discriminatoire* – ou absolue – *dumping à perte*. Alors que la politique de concurrence appréhende favorablement les prix bas, et se préoccupe également des prix excessifs, l'action antidumping ne s'intéresse qu'à certains prix faibles et ignore totalement les prix élevés.

L'action antidumping qui condamne le dumping préjudiciable à l'industrie européenne ne présente une similitude avec le droit antitrust que lorsque ce dernier se préoccupe des prix bas et/ou discriminatoires en raison de leurs effets d'éviction des concurrents du ou des auteurs de l'infraction – et pas dans les situations où les règles de concurrence sanctionnent la discrimination entre clients ou l'entrave à la réalisation du marché intérieur. Et même cette apparente similitude est trompeuse, car l'éviction des concurrents, le *préjudice* qui leur est causé, n'est pas de même nature : en matière de concurrence, l'éviction concerne les concurrents aussi efficaces que l'auteur de l'infraction, alors qu'en matière antidumping, le *préjudice* ne concerne que certains concurrents européens dont le niveau d'efficacité relative est indifférent.

CONCLUSION DE LA PREMIÈRE PARTIE

275. L'examen comparatif des cadres généraux d'appréhension des pratiques tarifaires et des caractéristiques des pratiques appréhendées révèle le grand nombre de différences qui séparent la législation antidumping du droit de la concurrence de l'Union, en particulier de la branche antitrust de ce dernier. Ce n'est pas là un constat original puisque, d'emblée, ces deux législations visant des comportements d'entreprises apparaissent dissemblables et que leurs dissemblances ont été abondamment exposées par la doctrine au cours de leurs décennies de coexistence.

Nonobstant ces différences et les frictions qui peuvent en découler, ces deux législations ne sont pas incompatibles.

Les différences concernant la répartition des compétences pour l'appréhension des pratiques tarifaires les distinguent, mais ne les opposent pas. Quant à leur opposition visible s'agissant des intérêts qu'elles protègent respectivement – résumée par la formule *concurrents v. concurrence* –, elle est atténuée par leur préoccupation, commune bien que d'intensité variable, pour la loyauté-équité de la concurrence. Certes, ce n'est que très subsidiairement que le droit antitrust protège cette loyauté. Mais il s'insère dans un droit de la concurrence dont d'autres règles sont plus sensibles à cet objectif. Quant à l'action antidumping, elle n'ignore pas, grâce au critère d'intérêt de l'Union, la nécessité de restaurer une concurrence effective.

À ces contrastes généraux s'ajoute une série de différences concernant les caractéristiques intrinsèques et extrinsèques des pratiques tarifaires appréhendées. Indéniables, ces différences opposent les deux législations, mais n'impliquent pas nécessairement une situation conflictuelle, dès lors que ces réglementations s'inscrivent dans des perspectives et des contextes très différents. Qu'elle soit présumée dans le cadre de l'objet, ou concrète en matière d'effet, la nocivité pour le jeu de la concurrence de la pratique tarifaire jugée anticoncurrentielle la distingue du dumping préjudiciable. L'effet recherché au travers de la condition de préjudice important ne concerne pas la concurrence, mais les concurrents européens des auteurs du dumping. Les différences soulignées concernant les caractéristiques *intrinsèques* (seuils de coûts des prix jugés trop bas et caractères de la discrimination tarifaire appréhendée), et celles identifiées à propos des caractéristiques *extrinsèques* (marchés concernés préalablement déterminés et particularités des auteurs de la pratique), apparaissent surtout comme une manifestation de cette divergence première. Pour savoir si la concurrence est atteinte, sauf exceptions, un marché pertinent doit être déterminé, un renoncement à l'autonomie de comportement doit être vérifié et/ou un certain pouvoir de marché constaté. Pour apprécier si les concurrents européens subissent un préjudice en raison des importations effectuées en dumping, il n'est pas nécessaire d'établir ces préalables antitrust.

276. Si les nombreuses différences apparentes peuvent être nuancées à certains égards, elles n'en demeurent pas moins importantes. Elles excluent l'idée que la législation antidumping puisse être perçue comme une législation de concurrence

dans les relations commerciales extérieures. D'essence protectionniste, elle relève d'une défense commerciale nécessaire lorsque les conditions d'une concurrence suffisamment homogène font défaut entre les pays concernés. En témoigne l'abandon de toute action antidumping non seulement entre États membres de l'Union, mais aussi entre les parties à l'EEE. Mais ces divergences entre la législation antidumping et le droit antitrust de l'Union n'imposent pas de conclure à l'incompatibilité entre ces législations. D'une certaine manière, elles sont complémentaires. Ces deux législations sont utiles et poursuivent des objectifs qui, bien que différents, sont légitimes. Dans des contextes très différents, elles contribuent chacune à discipliner les comportements tarifaires d'entreprises qui sont jugés préjudiciables à l'aune d'intérêts il est vrai différents. Contrainte à coexister, probablement pour longtemps, puisque l'antidumping n'a vocation à disparaître que lorsque les conditions de concurrence d'un marché unique prévalent entre les États ou territoires considérés, l'objectif réaliste ne saurait être une réduction significative de leurs différences, mais l'amélioration de leur coexistence afin de la rendre la plus harmonieuse possible. La promotion de la concurrence doit s'accommoder, dans le cas de l'action antidumping comme dans celui d'autres politiques européennes, de l'existence d'autres règles aux finalités distinctes, en tout ou partie, susceptibles de l'affecter, et trouver, notamment avec l'antidumping, un équilibre mutuellement bénéfique.

Avec cet objectif à l'esprit, les problèmes que l'action antidumping posent à la concurrence et aux règles qui en assurent la protection ne résident pas tant dans les nombreuses différences d'appréhension des pratiques tarifaires, que dans la manière dont la législation antidumping est mise en œuvre. Ce sont les incidences de l'action antidumping sur la concurrence qui sont véritablement susceptibles de rendre les deux législations antagonistes. Si la finalité première de l'action antidumping est de réagir contre une concurrence déloyale, elle doit éviter que les bénéfices de cette promotion de la loyauté soient annihilés par une nocivité excessive pour la libre concurrence. Fondamentalement protectionniste en raison des intérêts qu'elle défend prioritairement, l'action contre le dumping peut avoir sur la concurrence des incidences néfastes. Si une véritable convergence entre la législation antidumping et le droit antitrust est illusoire à la lumière des différences exposées dans cette **première partie**, c'est à la question d'une éventuelle aggravation de ces divergences par des incidences excessives sur le libre jeu de la concurrence, d'une incompatibilité

qui résulterait de tels effets, qu'il convient de s'intéresser dans une seconde partie. Inévitables dans une certaine mesure, ces incidences devraient être cantonnées à ce qui est strictement nécessaire à la poursuite de l'objectif légitime de la législation antidumping. Ainsi, une *entente cordiale* pourrait prévaloir entre les deux législations.

PARTIE II – LES INCIDENCES DE L’ACTION ANTIDUMPING SUR LA CONCURRENCE

« *Toute législation antidumping, si elle n’est pas maniée avec prudence, tend à décourager la concurrence* »¹⁰¹⁵.

« *La controverse sur le caractère anticoncurrentiel des procédures de dumping n’est pas prête de s’éteindre* »¹⁰¹⁶

277. Si en promouvant la loyauté dans la concurrence l’action antidumping cause un tort excessif à la liberté de la concurrence, sa légitimité est affaiblie, voire anéantie. L’axiome selon lequel l’action antidumping serait incompatible avec le droit de la concurrence car elle fausserait le jeu normal de la concurrence sur les *marchés commerciaux*¹⁰¹⁷ impactés par les mesures adoptées, peut être à la fois partiellement vérifié et en partie réfuté. Selon ce postulat, le conflit entre l’action antidumping et la politique de concurrence découlerait des incidences négatives excessives de la première sur le libre jeu de la concurrence, promu et préservé par la seconde.

Pour échapper à un tel reproche d’altération exagérée du jeu de la concurrence, l’action antidumping doit éviter un écueil et atteindre un objectif. *L’écueil* concerne la constatation de l’existence d’une pratique de dumping préjudiciable, à défaut de laquelle aucune mesure antidumping ne saurait être prise. D’ailleurs, la présentation d’éléments de preuve suffisants de l’existence d’une telle pratique conditionne l’ouverture d’une procédure antidumping, autrement dit la réalisation de la phase initiale d’une telle procédure, à partir de laquelle une incidence nocive sur la

¹⁰¹⁵ John TEMPLE LANG, « Reconciling European Community Antitrust and Antidumping, Transport and Trade Safeguard Policies – Practical Problems », in : Barry HAWK (éd.), *Annu. proc. Fordham Corp. Law Inst. (1988)*, (éd. 1989), chapitre 7, p. 2, cité et traduit en français dans les conclusions de l’avocat général JACOBS sous CJCE, 11 juin 1992, *Extramet Industries SA c/ Conseil*, aff. C-358/89, *Rec.* p. I-3813 (pt 30).

¹⁰¹⁶ Jean-Bernard BLAISE et Laurence IDOT, *Chronique, Concurrence, RTD eur.*, 2002, p. 103-146 ; ici p. 138.

¹⁰¹⁷ Sur le sens de l’expression *marché commercial*, v. *supra* n° 141.

concurrence peut être reprochée à l'action antidumping¹⁰¹⁸. *L'objectif* porte sur l'application de la législation antidumping, dont les multiples étapes exercent une incidence concrète variable sur la libre concurrence, qu'il convient de contenir au strict minimum inévitable.

278. L'écueil¹⁰¹⁹ à éviter est celui d'une conception et d'une application protectionnistes des notions de *dumping*, de *préjudice* et de *lien de causalité*, regroupées dans celle, globale, de *dumping préjudiciable*. Afin de minimiser, voire d'empêcher, une dérive protectionniste lors de la détermination de l'existence de la pratique condamnée, la législation antidumping doit être rédigée et appliquée de telle sorte que seules les véritables pratiques tarifaires déloyales dans le commerce international puissent être constatées et faire l'objet, le cas échéant, des mesures de neutralisation autorisées par le droit de l'OMC. Autrement dit, la détermination de l'existence du dumping préjudiciable devrait être effectuée sans *biais protectionnistes*. Certes, conception et application protectionnistes peuvent affecter, outre des aspects procéduraux de la législation antidumping, d'autres règles matérielles que celles concernant la notion de dumping préjudiciable¹⁰²⁰. Mais l'expression *biais protectionnistes* a été forgée à propos du concept de *dumping*¹⁰²¹.

¹⁰¹⁸ Avant que la procédure ne soit ouverte, l'incidence éventuelle sur le jeu concurrentiel – notamment du dépôt de la plainte antidumping – ne découle pas *stricto sensu* de l'action antidumping des institutions de l'Union, mais du droit reconnu par la législation européenne à toute industrie de l'Union de déposer une plainte lorsqu'elle s'estime victime d'importations en dumping. Par ailleurs, est négligée ici l'incidence éventuelle de la seule existence de la législation antidumping (autrement dit les potentialités d'affectation concrète des importations de pays tiers que renferme la simple existence d'une telle législation).

¹⁰¹⁹ Le *Dictionnaire de l'Académie française* (9^{ème} éd., tome 1, A-Enz, Paris, Fayard – Imprimerie Nationale, 2005) définit le mot *écueil*, au sens figuré, de la manière suivante : « *obstacle, difficulté qui risque de faire échouer un projet, une entreprise. Rencontrer des écueils au cours de sa carrière, Il a su éviter les écueils les mieux cachés. Voilà l'écueil* ».

¹⁰²⁰ Telles que la clause d'intérêt de l'Union et la règle du droit moindre. Ces deux règles matérielles peuvent être distinguées des autres relatives à la détermination de l'existence d'un dumping et d'un préjudice (et du lien de causalité entre eux). En effet, elles sont présentes dans la législation de l'Union, alors qu'elles ne sont pas exigées par l'encadrement multilatéral et ne sont pas systématiquement incluses dans les législations des autres Membres de l'OMC. Ceci incline à les distinguer et étudier séparément leur incidence sur la coloration protectionniste de l'action antidumping de l'Union.

¹⁰²¹ Cette expression est empruntée à Rainer M. BIERWAGEN (*GATT Article VI and the Protectionist Bias in Anti-Dumping Laws*, Deventer-Boston, Kluwer Law and Taxation Publishers, Studies in transnational economic laws (coll.), vol. 7, 1990, 402 p. ; v. spéc. p. 29) qui semble n'envisager explicitement les « biais » que pour la détermination de l'existence d'un dumping ou de l'exagération de la marge de dumping. Elle est reprise avec le même sens dans une communication de Hong-Kong à l'occasion des négociations du Cycle de l'Uruguay, citée par Pierre DIDIER, « Le Code anti-dumping du cycle de l'Uruguay : impact dans la Communauté », *CDE*, 1994, p. 251-326 ; spéc. p. 256.

Elle peut être étendue à celui de *dumping préjudiciable* et englober ainsi toutes les composantes de la pratique condamnée par la législation antidumping. Par conséquent, dans les développements de cette seconde partie, nous réserverons cette formule pour viser les déviations dans la conception et l'application de la notion de *dumping préjudiciable*.

279. L'objectif à atteindre est celui d'une réaction aux importations en *dumping* préjudiciable la moins nocive possible pour le libre jeu de la concurrence. Cette problématique de l'interaction concrète entre action antidumping et concurrence n'est pas nouvelle et a fait l'objet de nombreuses réflexions doctrinales¹⁰²². D'ailleurs, la

Ernst-Ulrich PETERSMANN semble toutefois l'utiliser également à propos des aspects procéduraux de l'action antidumping (« International Competition Rules for Governments and Private Business, The Case for Linking Future WTO Negotiations on Investment, Competition and Environmental Rules to Reforms of Anti-Dumping Laws », *JWT*, vol. 30, n° 3, 1996, p. 5-35 ; spéc. p. 30). De même l'idée d'application biaisée des législations antidumping, fortement protectionnistes, est-elle mentionnée par Mark KOULEN à propos des aspects tant substantiels que procéduraux de l'action antidumping (« The New Anti-Dumping Code through its Negotiating History », p. 151-232, in : Jacques H. J. BOURGEOIS, Frédérique BERROD et Eric GIPPINI FOURNIER (éds.), *The Uruguay Round Results, A European Lawyers' Perspective* (College of Europe, Bruges), Bruxelles, European Interuniversity Press, 1995 ; spéc. p. 159).

¹⁰²² Doctrine principalement américaine, avec quelques études concernant les interactions entre l'antidumping et la concurrence dans la Communauté européenne. V. les articles référencés dans l'Introduction dans les notes en bas de page n° 117 à 125 et, en particulier : A. Paul VICTOR, « Antidumping and Antitrust : Can the Inconsistencies be Resolved », *N.Y.U. J. Int'l L. & Pol.*, vol. 15, n° 2, p. 339-350 ; Patrick A. MESSERLIN, « The E.C. Antidumping Regulations: A First Economic Appraisal, 1980-1985 », *Weltwirtschaftliches Archiv*, vol. 125, n° 3, 1989, p. 563-587 ; Harvey M. APPLEBAUM, « The Interface of Trade/Competition Law and Policy : An Antitrust Perspective », *Antitrust L. J.*, vol. 56, 1987, p. 409 ; Paul VANDOREN, « The interface between anti-dumping and competition law and policy in the European Community », *LIEI*, 1986/2, p. 1-16 ; John TEMPLE LANG, « Reconciling European Community Antitrust and Antidumping, Transport and Trade Safeguard Policies – Practical Problems », in : Barry HAWK (éd.), *Annu. proc. Fordham Corp. Law Inst. (1988)*, (éd. 1989), chapitre 7 ; Jacques H. J. BOURGEOIS, « Antitrust and Trade Policy, A Peaceful Coexistence? European Community perspective », *Int. Bus. Lawyer*, vol. 17, 1989, p. 58-67 et p. 115-122 ; Joe SIMS et Edith E. SCOTT, « Antitrust Consequences to Private Parties of Participation in and Settlement of Selected Trade Actions », *Antitrust L. J.*, vol. 56, 1987, p. 561 ; Klaus STEGEMANN, « EC Anti-dumping Policy : Are Price Undertakings a Legal Substitute for Illegal Price Fixing ? », *Weltwirtschaftliches Archiv*, 1990, p. 268 ; Rainer KULMS, « Competition, Trade Policy and Competition Policy in the EEC: the Example of Antidumping », *CMLR*, vol. 27, 1990, p. 285-313 ; Dirk SHROEDER, « Anti-trust Law Implications of EEC Anti-dumping Proceedings », *Rebels Zeitschrift*, vol. 55, 1991, p. 540 ; Mario Marques MENDES, *Antitrust in a World of Interrelated Economies, The interplay between Antitrust and Trade Policies in the US and the EEC*, Ed. De l'Université de Bruxelles, 1991, 285 p. ; Paul VANDOREN, « Recent Developments in the Area of the Interface Between Anti-dumping and Competition in the EEC », *LIEI*, 1993/1, p. 21 ; Gabrielle MARCEAU, *Anti-Dumping and Anti-Trust Issues in Free Trade Areas*, 1994, Oxford, Clarendon, 343 p. ; Patrick A. MESSERLIN, « Should Antidumping Rules be Replaced by National or International Competition Rules », *World Comp.*, vol. 18, n° 3, 1995, p. 37-54 ; Bernard M. HOEKMAN et Petros C. MAVROIDIS, « Dumping, Antidumping and Antitrust », *JWT*, vol. 30, n° 1, 1996, p. 27 ; Clarisse MORGAN, « Competition Policy and Anti-Dumping, It is Time for

perturbation du jeu de la concurrence n'est pas une spécificité de l'action antidumping : nombre d'interventions administratives¹⁰²³ réduisent la liberté commerciale des acteurs et/ou modifient les conditions dans lesquelles ils agissent sur le marché et affectent ainsi les conditions de la concurrence. En matière antidumping, une telle affectation est produite non seulement par l'adoption des mesures, mais aussi lors d'autres phases de la procédure¹⁰²⁴, préalables à leur adoption ou à une clôture sans institution de mesure. La présence ou l'absence de certaines règles, tant matérielles que procédurales, peut révéler, ou au contraire réduire, l'aspect protectionniste de l'action antidumping.

Par ailleurs, la législation contre le dumping ne devrait offrir aux producteurs européens qu'une protection contre la concurrence internationale déloyale de leurs concurrents de pays tiers dont les produits sont importés en dumping, sans constituer pour eux un moyen de porter atteinte à la concurrence, en facilitant ou en abritant leurs pratiques anticoncurrentielles. En d'autres termes, la mise en œuvre de la législation antidumping ne saurait faciliter, renforcer ou permettre des pratiques anticoncurrentielles collatérales à la lutte contre le dumping préjudiciable.

Ces restrictions de concurrence liées à l'action antidumping, intrinsèques et institutionnelles d'une part, collatérales et principalement privées d'autre part, doivent être cantonnées, à défaut de pouvoir être totalement empêchées.

280. Afin d'éviter l'écueil précité et d'atteindre l'objectif susvisé, la législation antidumping doit être rédigée et appliquée de telle sorte que, d'une part, les incidences sur la concurrence liées au contenu des règles antidumping soient minimisées par une réduction des biais protectionnistes identifiables dans la détermination de l'existence d'un dumping préjudiciable (**Titre I**) et que, d'autre part, les incidences nocives pour la concurrence, liées à l'application de ces règles, soient minimisées, en prônant une réaction au dumping préjudiciable la plus respectueuse possible à l'objectif de libre concurrence (**Titre II**).

a Reality Check ? », *JWT*, vol. 30, n° 5, 1996, p. 61-88 ; Richard J. PIERCE Jr., « Antidumping law as a means of facilitating cartelization », *Antitrust L. J.*, vol. 67, 2000, p. 725-743.

¹⁰²³ L'action antidumping des institutions de l'Union pouvant être ainsi qualifiée.

¹⁰²⁴ Telles que le dépôt d'une plainte, l'ouverture de la procédure, l'enquête antidumping, le retrait d'une plainte.

TITRE I – LES INCIDENCES LIÉES AUX RÈGLES DE DÉTERMINATION DU DUMPING PRÉJUDICIABLE

281. Circonscrits aux seuls aspects matériels relatifs à la détermination de l'existence d'un dumping préjudiciable, les *biais protectionnistes* peuvent être définis comme les dispositions de la législation antidumping, les options et marges d'appréciation que ces dispositions contiennent, et la pratique des institutions dans leur mise en œuvre, qui conduisent ou sont susceptibles de conduire à des constatations de dumping préjudiciable biaisées, par des déterminations de dumping artificiels ou exagérés ou des évaluations de préjudices artificiels ou exagérés. Le terme *biais* semble adéquat puisque sont en cause des règles et appréciations orientées vers la détermination de situations de dumping préjudiciable en réalité inexistante ou de moindre intensité. L'adjectif *protectionniste* est pertinent dès lors qu'est ainsi facilitée l'adoption de mesures par nature protectionniste.

Le mot *biais* recouvre, d'une part, les dispositions et pratiques qui conduisent à des déterminations artificielles ou exagérées de dumping préjudiciable – désignées ensuite par l'expression *situations de biais* – et, d'autre part, les marges d'appréciation et les options ouvertes aux institutions par la législation antidumping qui peuvent être utilisées pour favoriser l'apparition ou l'ampleur du dumping et du préjudice causé – visées ensuite par la formule *occasions*¹⁰²⁵ *de biais*. De ces dernières ne résultent pas nécessairement des déterminations faussées de dumping préjudiciable. Mais les marges et les options en cause peuvent être utilisées dans un sens protectionniste ou, au contraire, dans une perspective plus favorable à la concurrence des produits importés.

282. Les biais protectionnistes se rencontrent à différents stades du processus, complexe, de détermination de l'existence d'un dumping préjudiciable. L'ambition des développements à suivre n'est pas d'identifier et d'établir de manière exhaustive les situations et occasions de biais protectionnistes dans les dispositions de la

¹⁰²⁵ Dans son deuxième sens de « *circonstance qui détermine quelque action, qui donne lieu à quelque chose* », donc sans connotation positive comme dans son premier sens de « *rencontre, concours fortuit de circonstances qui arrive à propos et favorise une action, une entreprise, un dessein* » (*Dictionnaire de l'Académie française*, 9^{ème} éd.).

législation antidumping et lors de leur mise en œuvre. Plus modestement, leur objet consiste à mettre en évidence les biais les plus notables, afin de démontrer la réalité du risque de dévoiement de l'objectif de loyauté dans la concurrence prétendument poursuivi par l'action antidumping. Cette mise en évidence sera effectuée dans le cadre d'une identification des étapes du processus de détermination de l'existence d'un dumping préjudiciable, étapes auxquelles ces biais se concrétisent ou paraissent susceptibles d'intervenir. Des exemples de biais clairement identifiés ou identifiables seront rapportés.

Si les biais protectionnistes, notamment dans le sens d'occasions de biais, sont relativement nombreux, ils ne sont pas toujours nettement et précisément identifiables ou quantifiables. Un certain nombre d'entre eux peuvent néanmoins être décelés et signalés et, à cette fin, il convient d'exposer le détail des règles contenues dans l'actuel Code antidumping de l'OMC¹⁰²⁶ et le présent règlement antidumping de base de l'Union¹⁰²⁷ – le cas échéant en soulignant les évolutions par rapport à leurs prédécesseurs respectifs – ainsi que les pratiques suivies par les institutions de l'Union dans l'application de la législation antidumping, sous le contrôle des juges du plateau de Kirchberg.

283. À cette identification des biais protectionnistes dans les différentes étapes conduisant à la détermination de l'existence d'un dumping préjudiciable, condition nécessaire pour l'adoption de mesures antidumping¹⁰²⁸ (**Chapitre I**), succèdera un exposé du traitement de ces biais, en distinguant les réductions de biais réalisées de celles à effectuer (**Chapitre II**).

¹⁰²⁶ *Accord sur la mise en œuvre de l'article VI de l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce de 1994*, JOCE L 336, 23 décembre 1994, p. 103.

¹⁰²⁷ Règlement (CE) n° 1225/2009 du Conseil du 30 novembre 2009, relatif à la défense contre les importations qui font l'objet d'un dumping de la part de pays non membres de la Communauté européenne (version codifiée), JOUE L 343, 22 décembre 2009, p. 51, tel que modifié à deux reprises en 2012, et plus récemment en janvier 2014 seulement s'agissant de la procédure d'adoption des mesures.

¹⁰²⁸ Avec la nuance que, s'agissant de l'adoption d'engagements, la constatation de l'existence d'un dumping préjudiciable est relativement sommaire, puisqu'un examen préliminaire de l'existence d'un dumping et d'un préjudice suffit pour qu'un engagement puisse être accepté : v. article 8, paragraphe 1, du règlement de base.

CHAPITRE I – L’IDENTIFICATION DE BIAIS PROTECTIONNISTES DANS LA DÉTERMINATION DU DUMPING PRÉJUDICIABLE

284. Si la notion de dumping est bicéphale en fait, puisqu’elle en contient deux formes, le dumping *discriminatoire* et le dumping *à perte*¹⁰²⁹, elle est unitaire en droit. Le dumping est juridiquement défini comme l’introduction sur le marché d’un pays d’un produit à un prix inférieur à sa valeur normale dans le pays exportateur. Une situation de dumping résulte toujours de la comparaison de deux valeurs, dont il résulte un écart caractéristique du dumping. Le *prix à l’exportation* est invariablement comparé à la *valeur normale*. De ce processus comparatif résulte une *marge de dumping*, mesure de l’infériorité du prix à l’exportation par rapport à la valeur normale¹⁰³⁰. Cette marge de dumping plafonne, en tout état de cause, l’ampleur de la réaction antidumping autorisée (premier plafond).

Le dumping n’étant condamné que s’il cause un préjudice important à l’industrie du pays d’importation, lorsqu’une situation de dumping est constatée, le préjudice et le lien de causalité de ce dernier avec le dumping doivent être établis. L’évaluation de la marge de préjudice est essentielle puisque, dans le droit de l’Union européenne, si elle apparaît inférieure à la marge de dumping, elle plafonne l’ampleur de la réaction antidumping (second plafond¹⁰³¹). La vérification du lien de causalité vise à éviter que ne soit attribué aux importations faisant l’objet d’un dumping, un préjudice ayant une ou plusieurs autres causes.

285. Il ressort de cette brève présentation du processus de détermination de l’existence d’un dumping préjudiciable que celui-ci comporte plusieurs étapes. Toutes sont susceptibles de receler des biais protectionnistes, sous des formes variables et à des degrés divers. À travers une description de ce processus plus détaillée, mais néanmoins aussi succincte que possible, la présence de situations et

¹⁰²⁹ V. *supra* n° 206 et s.

¹⁰³⁰ Pour être précis, le qualificatif *positive* devrait être adjoint à une telle marge. En effet, s’il résulte de la comparaison que le prix à l’exportation excède la valeur normale, une marge *négative* est constatée. Sans qualificatif, l’expression *marge de dumping* désigne les cas d’infériorité du prix à l’exportation à la valeur normale.

¹⁰³¹ Aucun de ces deux plafonds ne doit être dépassé, ce dont il résulte que le plus bas des deux plafonne l’ampleur de la réaction antidumping.

d'occasions de biais sera mise en évidence, d'une part, lors de la constatation de la présence d'un dumping (**Section 1**) et, d'autre part, dans le cadre de la détermination de l'existence d'un préjudice important causé par ce dumping (**Section 2**)¹⁰³².

Section 1 – Les biais identifiables dans la détermination de l'existence d'un dumping

286. La détermination de l'existence d'un dumping résulte du constat d'une marge positive entre la valeur normale et le prix à l'exportation. Les possibilités de création ou d'augmentation artificielle d'une telle marge se manifestent à quatre niveaux¹⁰³³ et de quatre manières¹⁰³⁴ : en premier et second lieux, par une surévaluation de la valeur normale et en raison d'une sous-évaluation du prix à l'exportation ; ces deux premiers niveaux concernent la détermination des valeurs à comparer (§ I.) ; en troisième lieu, au moyen d'une comparaison inéquitable de ces deux valeurs, l'iniquité portant sur les ajustements de ces valeurs qui s'avèrent nécessaires selon les circonstances de chaque espèce ; enfin, en quatrième lieu, au niveau du calcul de la marge de dumping, par une agrégation biaisée des marges de toutes les paires de valeurs ajustées ; ces deux derniers niveaux ressortent à la comparaison des valeurs déterminées (§ II.).

§ I. Les biais dans la détermination des valeurs à comparer

287. En matière de détermination des valeurs dont la comparaison pourra faire émerger une marge de dumping, des biais protectionnistes peuvent apparaître lors de l'établissement de la valeur normale, au travers de facteurs de surévaluation de celle-

¹⁰³² La détermination de l'existence d'un lien de causalité entre le dumping – plus exactement les importations faisant l'objet d'un dumping – et le préjudice, pourrait être distinguée de celle de l'existence d'un préjudice. Dès lors, la deuxième section devrait être dédiée à la détermination de l'existence d'un préjudice, *stricto sensu*, et une troisième section devrait être consacrée à l'établissement de ce lien de causalité. Cependant, le Code antidumping et le règlement de base traitant la question du lien de causalité dans le cadre de l'article intitulé « *Détermination de l'existence d'un dommage* » (*i.e.* préjudice), il est possible et opportun de présenter la question du lien de causalité avec celle du préjudice *stricto sensu*, la première apparaissant comme un aspect de la détermination de l'existence d'un préjudice *lato sensu*.

¹⁰³³ Valeur normale, prix à l'exportation, ajustements pour comparaison équitable des valeurs et calcul de la marge de dumping.

¹⁰³⁴ Surévaluation, sous-évaluation, comparaison inéquitable et calcul biaisé.

ci (A.), et au niveau de la détermination du prix à l'exportation, *via* des facteurs de sous-évaluation de celui-là (B.).

Valeur normale et prix à l'exportation concernent des produits – et jamais des services. Aux fins de la détermination de chacune de ces deux valeurs, une première étape préalable consiste à définir les produits impliqués. En premier lieu doit être défini le *produit concerné* ou *produit considéré*, autrement dit le produit dont il sera examiné si les importations en provenance d'un ou plusieurs pays font l'objet d'un dumping et dont le prix à l'exportation doit être évalué. En second lieu doit être déterminé le *produit similaire* à ce *produit concerné*, dont la valeur normale doit être établie. La notion de *produit similaire* est à double usage puisqu'elle joue aussi un rôle en matière de détermination de l'industrie européenne qui subit un préjudice, constituée des « *producteurs communautaires du produit similaire* »¹⁰³⁵. Ainsi, dans chaque procédure antidumping, sont définis un *produit concerné* et deux *produits similaires*, qui ne sont pas nécessairement identiques. Dans notre perspective de mise en évidence des biais dans la détermination du dumping préjudiciable, nous avons choisi d'évoquer les biais en matière de définition des *produit concerné* et *produit similaire*¹⁰³⁶ dans le cadre de la détermination de l'existence d'un préjudice¹⁰³⁷, notamment parce que, parmi les deux produits similaires, dont les délimitations sont liées à celle du produit concerné, l'un permet l'identification des victimes des importations effectuées en dumping¹⁰³⁸.

¹⁰³⁵ Article 4 du règlement de base.

¹⁰³⁶ Ces notions ont été présentées *supra* n° 150 et s.

¹⁰³⁷ V. *infra* n° 331 et s.

¹⁰³⁸ Le choix indiqué répond également à des considérations d'équilibre dans les développements. Il s'appuie cependant sur la structure d'un ouvrage de référence en matière antidumping : ainsi les notions de « *produit concerné* » et « *produit similaire* » sont-elles présentées par Ivo VAN BAELE et Jean-François BELLIS dans la section « 4. Substantive elements II : Injury » de la partie I « Anti-dumping measures » de leur ouvrage *EU Anti-Dumping and Other Trade Defence Instruments*, 5^{ème} éd., Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2011, 1368 p.

Certes, d'autres auteurs adoptent une approche différente : MM. Petros C. MAVROIDIS, Patrick A. MESSERLIN et Jasper M. WAUTERS présentent ces notions dans une section consacrée aux obligations procédurales, distinctes des deux sections dédiées, respectivement, au dumping et aux préjudice et lien de causalité (*The Law and Economics of Contingent Protection in the WTO*, Cheltenham, UK - Northampton, MA, USA, Edward Elgar, 2008, 606 p.) ; Wolfgang MÜLLER, Nicholas KHAN et Hans-Adolf NEUMANN définissent le produit similaire dans un chapitre intitulé « Principles », précédant les chapitres sur, respectivement, les déterminations du dumping et du préjudice, ce qui souligne l'aspect préalable de la détermination des produits concernés et similaires (*EC Anti-dumping Law – A Commentary on Regulation 384/96*, Chichester, John Wiley & Sons, 1998, 662 p. ; spéc. p. 42 et s.) ; enfin, Hans-F. BESELER et A. Neville WILLIAMS présentent ces deux notions dans le chapitre relatif au dumping (*Antidumping and Anti-Subsidy Law: The European Communities*, Londres, Sweet & Maxwell, 1986, 438 p. ; spéc. p. 86 et s.).

A. Les facteurs de surévaluation de la valeur normale

288. L'identification des facteurs de surévaluation de la valeur normale – *i.e.* les aspects de la législation antidumping et de sa mise en œuvre conduisant ou susceptibles de conduire à son inflation – peut être effectuée en soulignant les conséquences du choix de la méthode d'établissement de cette valeur sur son niveau (1°), en exposant le rôle de la notion d'opération commerciale normale dans son élévation (2°), et en envisageant les potentialités inflationnistes de sa construction (3°).

1° Les conséquences inflationnistes du choix de la méthode d'évaluation

289. La valeur normale est établie selon l'une des trois méthodes prévues par le droit de l'OMC et exposées dans la législation de base¹⁰³⁹. Avec quelques adaptations, elles sont appliquées par l'Union dans le cas des importations en provenance de pays n'ayant pas une économie de marché ou de pays dits *en transition*¹⁰⁴⁰.

¹⁰³⁹ Énoncées à l'article VI:1 du GATT de 1994 et précisées par l'article 2 du Code antidumping de 1994, elles sont reprises à l'article 2 du règlement de base.

¹⁰⁴⁰ Une adaptation des méthodes de détermination de la valeur normale est prévue (au paragraphe 7 de l'article 2 du règlement de base) dans le cas d'importations soit en provenance de pays n'ayant pas une économie de marché (v. le rectificatif au règlement (CE) n° 1225/2009, *JOUE* L 7, 12 janvier 2010, p. 22), soit de producteurs de pays *en transition* vers une économie de marché (v. le b) du paragraphe 7) qui ne demandent pas ou n'obtiennent pas le statut d'entreprises évoluant en économie de marché (v. les b) et c) du paragraphe 7). Dans les deux cas, les pays en cause n'ont pas une économie de marché. Mais, dans le second, certains producteurs opèrent dans les conditions d'une économie de marché.

Les prix pratiqués par des producteurs-exportateurs sur un marché domestique qui n'est pas dans une économie de marché, ne font « *pas l'objet d'opérations commerciales normales* » et on considère que « *les prix et les coûts en vigueur n'y sont pas la résultante normale des forces qui s'exercent sur le marché* » : v. TPICE, 23 septembre 2009, *Dongguan Nanzha Leco Stationery Mfg. Co. Ltd c/ Conseil*, aff. T-296/06, *Rec.* p. II-166 (publication sommaire) (pts 48 et 50) ; et, antérieurement, notamment, CJCE, 5 octobre 1988, *Technintorg c/ Commission et Conseil*, aff. jtes 294/86 et 77/87, *Rec.* p. 6077 (pt 29). Par conséquent, leur valeur normale est déterminée sur la base du prix pratiqué ou de la valeur construite dans un pays tiers à économie de marché, ou du prix pratiqué à partir de ce dernier vers d'autres pays, y compris l'Union, ou encore, si aucune de ces méthodes n'est adéquate, sur toute autre base raisonnable qui peut être le prix effectivement payé ou à payer dans l'Union pour le produit similaire à celui importé (liste de méthodes alternatives de détermination de la valeur normale exhaustive). Le choix du « *pays tiers à économie de marché* », appelé *pays analogue*, doit être effectué de manière « *non déraisonnable, compte tenu de toutes les informations fiables disponibles au moment du choix* » et, « *le cas échéant, un pays tiers à économie de marché faisant l'objet de la même enquête est retenu* » (a) du paragraphe 7). La méthode du pays analogue est d'une mise en œuvre délicate et fréquemment contestée par les producteurs de pays n'ayant pas une économie de marché, ce qui pourrait suggérer la présence de biais.

D'où l'importance du régime hybride introduit en 1998 dans la réglementation antidumping communautaire, offrant aux producteurs de certains pays en transition la possibilité d'obtenir le SEM. Dans un tel cas, les méthodes classiques de détermination de la valeur normale sont appliquées à ces producteurs. Ce régime permet de tenir compte du fait que certains producteurs de ces pays, « *qui se*

La méthode principale est celle du prix domestique. La valeur normale est établie à partir des prix réellement pratiqués lors de la vente, sur le marché intérieur du pays exportateur, du produit similaire à celui exporté, destiné à la consommation sur ce marché domestique. Elle résulte de la computation des prix « *payés ou à payer, au cours d'opérations commerciales normales, par des acheteurs indépendants dans le pays exportateur* »¹⁰⁴¹.

Lorsque certaines circonstances sont établies, le Code antidumping autorise le renoncement à la méthode principale au profit de l'une des deux méthodes alternatives¹⁰⁴² : celle du prix à l'exportation vers un pays tiers et celle de la valeur normale construite. Libres de recourir à l'une ou l'autre des deux méthodes

sont détournés du système économique qui avait justifié le recours à la méthode du pays analogue » (considérant n° 4 du règlement (CE) n° 905/98 du Conseil, du 27 avril 1998, portant modification du règlement (CE) n° 384/96, *JOCE* L 128, 30 avril 1998, p. 18), opèrent dans des conditions d'une économie de marché. Il leur offre une possibilité de voir leur marge de dumping déterminée à partir de leurs propres prix de ventes domestiques ou de leur propre valeur normale construite. Cette initiative européenne paraît favorable à une réduction des biais protectionnistes. Elle témoigne d'une recherche d'une meilleure, et plus fine, prise en compte de la réalité économique. Cependant, l'obtention d'un tel statut est soumise à la satisfaction, par le producteur qui le sollicite, de cinq critères cumulatifs permettant de vérifier « *que les conditions du marché prévalent pour un ou plusieurs producteurs faisant l'objet de l'enquête en rapport avec la fabrication et la vente du produit en question* ». En pratique, l'appréciation de ces conditions peut rendre difficile l'obtention du statut d'entreprises évoluant en économie de marché et le contrôle juridictionnel de la décision de la Commission est, à cet égard, limité : v. TPICE, 28 octobre 2004, *Shanghai Teraoka Electronic Co. Ltd c/ Conseil*, aff. T-35/01, *Rec.* p. II-3663 (pt 49).

Les producteurs qui n'obtiennent pas ce statut ou ne le sollicitent pas, ainsi que les producteurs des pays n'ayant pas une économie de marché, peuvent bénéficier d'une règle destinée à adapter, dans une certaine mesure, la détermination de leur marge de dumping à leur situation économique spécifique : il s'agit de la pratique consistant à octroyer un ajustement de la valeur normale en raison d'un *avantage comparatif naturel* des producteurs du pays n'ayant pas une économie de marché, qui est fondée sur une décision de la Cour de justice (CJCE, 22 octobre 1991, *Eugen Nölle c/ Hauptzollamt Bremen-Freihafen*, aff. C-16/90, *Rec.* p. I-5163, pt 26).

¹⁰⁴¹ Article 2, paragraphe 1, du règlement de base. Ainsi la législation européenne utilise-t-elle, en profitant d'une lacune du Code antidumping, le prix à l'acheteur indépendant de l'exportateur. L'Organe d'appel de l'ORD a admis la compatibilité avec le droit de l'OMC de la pratique américaine similaire : *États-Unis – Mesures antidumping appliquées à certains produits en acier laminés à chaud en provenance du Japon*, rapport du 24 juillet 2011, WT/DS184/AB/R (paragraphe 165-166).

¹⁰⁴² Une autre situation doit être distinguée et expliquée : il ne s'agit pas *stricto sensu* d'une autre méthode alternative, mais d'une disposition permettant de contourner la non-coopération à l'enquête des producteurs-exportateurs concernés. L'article 18 du règlement de base permet que la détermination de l'existence d'un dumping (et d'un préjudice) soit établie « *sur la base des données disponibles* ». Des garanties procédurales protègent les producteurs-exportateurs contre une utilisation partielle ou abusive de cette méthode. Le Tribunal a expliqué que la possibilité d'établir, « *en cas de défaut de coopération à l'enquête, des droits antidumping sur la base des données disponibles a pour but que ces droits soient institués de manière non discriminatoire sur toutes les importations d'un produit provenant d'un certain pays. Elle n'a pas, en revanche, pour finalité de pénaliser les opérateurs pour leur défaut de participation à une enquête antidumping* » : TPICE, 29 juin 2000, *Medici Grimm KG c/ Conseil*, aff. T-7/99, *Rec.* p. II-2671 (pt 88).

alternatives, les institutions européennes semblent préférer la seconde¹⁰⁴³. Cette approche n'est pas sans incidence sur les marges de dumping finalement calculées, compte tenu des capacités de cette méthode à générer des valeurs normales élevées¹⁰⁴⁴. Elle introduirait, par conséquent, un biais dans la détermination de la valeur normale.

290. Une valeur normale est normalement établie pour chaque producteur-exportateur¹⁰⁴⁵. Pour la méthode principale du prix domestique, le propre prix du producteur-exportateur en cause est en principe utilisé. Cependant, ni le GATT, ni le Code antidumping n'indiquant explicitement qu'une telle relation est requise, l'Union se considère autorisée, « *lorsque l'exportateur dans le pays exportateur ne produit pas ou ne vend pas le produit similaire* », à établir la valeur normale du producteur-exportateur concerné à partir des prix domestiques d'autres vendeurs ou producteurs¹⁰⁴⁶. Elle recourt ainsi, en pratique, à une quatrième méthode. Nonobstant le doute affectant la légalité de celle-ci au regard de l'encadrement multilatéral dont le règlement de base exploite une prétendue lacune¹⁰⁴⁷, le règlement de base permet

¹⁰⁴³ V., à cet égard, Ivo VAN BAEL et Jean-François BELLIS, *EU Anti-Dumping and Other Trade Defence Instruments*, 5^{ème} éd., *op. cit.* ; spéc. p. 59. Et, antérieurement, v. Jean-François BELLIS, « The EEC Antidumping System », in : John H. JACKSON et Edwin A. VERMULST (éds.), *Antidumping Law and Practice, A comparative Study*, New-York, Harvester Wheatsheaf, 1990, 520 p., p. 41-97 ; spéc. p. 72. Dans le même ouvrage, s'agissant de la pratique américaine, Gary N. HORLICK rapportait et critiquait la tendance inverse des autorités américaines : « The United States Antidumping System », p. 99-166 ; spéc. p. 133.

¹⁰⁴⁴ Ainsi Pierre DIDIER expliquait-il, en 1997, que la Communauté n'utilise pas le prix à l'exportation vers un pays tiers car elle l'estime pouvoir être également en dumping. Pourtant, ce critère conduirait généralement à des calculs de marges de dumping inférieures à celles résultant de la construction de la valeur normale (autre méthode alternative) ou de la prise en compte des prix intérieurs (méthode principale). En effet, le prix à l'exportation vers un pays tiers est un prix à l'exportation, « *donc à un niveau réellement sortie d'usine, net de tous frais de distribution intérieure* », alors que les prix intérieurs ou les valeurs construites « *sont souvent des prix ou valeurs en aval dans la chaîne de distribution intérieure, donc élevés* » : Pierre DIDIER, *Les principaux accords de l'OMC et leur transposition dans la Communauté européenne, I, Les Instruments de Politique Commerciale, Dumping, Subventions, Sauvegardes - Les marchés publics*, Bruxelles, Bruylant, 1997, 646 p. ; ici p. 22. Certes, les ajustements en vue d'une comparaison équitable devraient corriger cette différence si le prix à l'exportation n'est pas défini au même niveau, mais, en pratique, les difficultés en la matière ne permettraient pas une correction complète (v. *infra* n° 313 et s.).

¹⁰⁴⁵ Sauf en cas de recours à l'échantillonnage, prévu par l'article 17 du règlement de base, conformément à l'article 6.10 du Code antidumping.

¹⁰⁴⁶ V. article 2, paragraphe 1, alinéa 2, du règlement de base.

¹⁰⁴⁷ M. Pierre DIDIER questionne la compatibilité de cette approche européenne avec l'encadrement multilatéral en soulignant que ce dernier ne prévoit, en l'absence de vente domestique du producteur-exportateur considéré, que deux méthodes alternatives : le prix à l'exportation vers un pays tiers et la valeur construite. Pierre DIDIER, « The WTO Anti-Dumping Code and EC Practice, Issues for Review in Trade Negotiations », *JWT*, vol. 35, n° 1, 2001, p. 33-54 ; spéc. p. 37. Mais d'autres auteurs expliquent qu'elle trouve son fondement dans l'article 2, paragraphe 2, du Code antidumping de 1994

donc, en l'absence de prix domestique pour le producteur-exportateur concerné ou lorsque ce prix n'est pas adéquat¹⁰⁴⁸, l'utilisation des prix d'autres vendeurs ou producteurs dans le pays exportateur. Cette méthode, introduite en 1988 dans la législation antidumping communautaire¹⁰⁴⁹, visait le cas des maisons de commerce (*trading houses*)¹⁰⁵⁰.

En pratique préférée à la construction de la valeur normale et à l'utilisation du prix à l'exportation vers un pays tiers¹⁰⁵¹ – car supposée produire un meilleur résultat –, cette quatrième méthode n'est écartée qu'en l'absence de ventes représentatives d'autres vendeurs ou producteurs sur le marché domestique ou lorsque leurs prix ne sont pas appropriés¹⁰⁵². Cette préférence est contestable. En effet, les prix d'autres producteurs concurrents des producteurs-exportateurs concernés peuvent être plus élevés que les valeurs normales construites respectives de ces derniers. L'utilisation de cette méthode est susceptible de les priver d'un éventuel avantage comparatif qu'ils pourraient avoir au niveau de la production, et que la construction de la valeur normale reflèterait¹⁰⁵³. Par conséquent, son usage peut produire des valeurs normales exagérées.

291. L'utilisation des méthodes alternatives générant des occasions d'erreurs ou d'excès susceptibles de conduire à la détermination de valeurs normales exagérées, la mise à l'écart du prix domestique est généralement défavorable aux producteurs-exportateurs. L'appréciation des circonstances autorisant le recours à l'une des

(Wolfgang MÜLLER, Nicholas KHAN et Hans-Adolf NEUMANN, *EC Anti-dumping Law – A Commentary on Regulation 384/96*, préc. ; spéc. p. 83).

¹⁰⁴⁸ Parce que ses ventes domestiques sont insuffisantes pour être représentatives, ou parce qu'elles n'ont pas lieu au cours d'opérations commerciales normales.

¹⁰⁴⁹ Dans le règlement antidumping de base (CEE) n° 2423/88 (préc.), remplaçant le précédent règlement antidumping de base, le règlement (CEE) n° 2176/84 (*JOCE* L 201, 30 juillet 1984, p. 1).

¹⁰⁵⁰ Sociétés qui sont de simples exportateurs ; elles ne produisent ni ne vendent le produit concerné sur le marché d'exportation ; v. *Septième rapport annuel de la Commission sur les activités antidumping et antisubventions de la Commission (1988)*, COM(90) 229 final, 13 juin 1990, 53 p. ; spéc. p. 16.

¹⁰⁵¹ Le Conseil expose clairement cette préférence dans son règlement (CE) n° 1950/97, du 6 octobre 1997, instituant un droit antidumping définitif sur les importations de sacs et sachets de polyéthylène ou de polypropylène originaires d'Inde, d'Indonésie et de Thaïlande et portant perception définitive du droit provisoire, *JOCE* L 276, 9 octobre 1997, p. 1 (paragraphe 14).

¹⁰⁵² Tel était le cas dans l'affaire du *polyéthylène téréphtalate* : v. règlement (CE) n° 306/04 de la Commission, du 19 février 2004, instituant un droit antidumping provisoire sur les importations de polyéthylène téréphtalate originaire d'Australie, de la République populaire de Chine et du Pakistan, *JOUE* L 52, 21 février 2004, p. 5 (paragraphe 25).

¹⁰⁵³ Pierre DIDIER, *Les principaux accords de l'OMC et leur transposition dans la Communauté européenne*, op. cit. ; spéc. p. 17-18.

méthodes alternatives n'est donc pas sans incidence sur l'inclination protectionniste de la détermination de la valeur normale.

292. La première de ces circonstances repose sur une évaluation de la représentativité des ventes domestiques de chaque producteur-exportateur¹⁰⁵⁴ par rapport à ses ventes à l'exportation vers l'Union¹⁰⁵⁵. Pour que leurs prix soient utilisés pour déterminer la valeur normale, les premières doivent représenter, en volume, au moins 5% des dernières. Un tempérament est toutefois apporté à cette règle : « *un volume des ventes inférieur peut être utilisé, par exemple, lorsque les prix pratiqués sont considérés comme représentatifs du marché concerné* »¹⁰⁵⁶. Par ailleurs, le dépassement du seuil de 5% n'entraîne pas une représentativité irréfragable¹⁰⁵⁷.

La pratique des institutions européennes en matière de représentativité est contestable en ce qu'elles en font une double application : non seulement les ventes du produit doivent être représentatives – représentativité générale, qui correspond à une exigence du Code antidumping¹⁰⁵⁸ – mais les ventes de chaque modèle ou type de produit doivent l'être également – représentativité par type de produit, exigée faute de précision contraire dans le Code antidumping. Même si la première application

¹⁰⁵⁴ La représentativité est appréciée pour chaque producteur-exportateur, et non pas au niveau du pays d'exportation considéré.

¹⁰⁵⁵ Cette quantification de la représentativité est une reprise, par le troisième Code antidumping, de l'approche communautaire antérieure. En effet, à partir de l'affaire *des machines à écrire électroniques originaires du Japon* (1984) à l'occasion de laquelle ils l'avaient adoptée, la Commission et le Conseil suivaient une pratique consistant à considérer non représentatives (et donc inutilisables pour déterminer la valeur normale) les ventes intérieures du produit concerné représentant moins de 5% des exportations vers la Communauté. Cette pratique avait été approuvée par la Cour de justice dans les arrêts *Canon c/ Conseil* (CJCE, 5 octobre 1988, aff. jtes 277 et 300/85, *Rec.* p. 5731, pts 13 à 15) et *Brother c/ Conseil* (CJCE, 5 octobre 1988, aff. 250/85, *Rec.* p. 5683, pts 11 et 12), y compris son application modèle par modèle. V., également, CJCE, 13 février 1992, *Goldstar c/ Conseil*, aff. C-105/90, *Rec.* p. I-677 (pts 15 et s.). La Cour s'était appuyée sur l'expression « *lorsque de telles ventes ne permettent pas une comparaison valable* » (article 2, paragraphe 3, b), du règlement de base (CEE) n° 2423/88, préc. Aujourd'hui, l'exigence de représentativité est reprise par une disposition distincte du règlement de base : l'article 2, paragraphe 2.

¹⁰⁵⁶ Article 2, paragraphe 2, alinéa 2, du règlement de base. V., aussi, la note de bas de page n° 2 du Code antidumping de 1994 ; et, antérieurement, la position en ce sens de la Cour de justice dans l'affaire *Nölle* (CJCE, 22 octobre 1991, *Eugen Nölle c/ Hauptzollamt Bremen-Freihafen*, préc. ; pt 22).

¹⁰⁵⁷ Sous l'empire du règlement de base (CE) n° 2423/88, préc., la Cour de justice a consacré une dérogation au principe de représentativité au-delà du seuil de 5%, dans des conditions exceptionnelles : « *Une telle circonstance pourrait se présenter lorsque le volume global du marché intérieur n'est pas suffisamment important pour que les prix de vente résultent du jeu de l'offre et de la demande* » : CJCE, 13 février 1992, *Goldstar c/ Conseil*, aff. C-105/90, préc. (pt 23).

¹⁰⁵⁸ La note n° 2 indique : « *Les ventes du produit similaire destiné à la consommation sur le marché intérieur du pays exportateur seront normalement considérées comme une quantité suffisante pour la détermination de la valeur normale si elles constituent 5 pour cent ou plus des ventes du produit considéré du Membre importateur* ».

conduit à une conclusion positive, dès lors que la seconde produit un résultat négatif les institutions s'autorisent à recourir à la valeur construite¹⁰⁵⁹. Cette application de l'exigence de représentativité augmente les situations de mises à l'écart de la méthode de principe du prix domestique et de recours à celle alternative de la valeur construite.

293. Les deuxième et troisième circonstances autorisant l'utilisation de l'une des méthodes alternatives sont liées : l'une est l'absence totale de ventes au cours d'*opérations commerciales normales*¹⁰⁶⁰, l'autre l'insuffisance de ces ventes. L'insuffisance est caractérisée lorsque les opérations commerciales normales représentent moins de 10% de l'ensemble des ventes intérieures, c'est-à-dire lorsque les opérations anormales dépassent 90% desdites ventes intérieures. L'utilisation d'un tel seuil d'insuffisance est une pratique des institutions¹⁰⁶¹ qui ne trouve de fondement explicite ni dans le Code antidumping, ni dans le règlement de base¹⁰⁶², mais que le Tribunal a indirectement approuvée¹⁰⁶³.

294. Enfin, la quatrième circonstance permettant la mise en œuvre de l'une des méthodes alternatives, implique le constat d'une particularité de la situation du marché empêchant toute comparaison valable. Cette notion n'est pas définie par le Code antidumping¹⁰⁶⁴ et elle ne l'a été, dans la réglementation de base européenne,

¹⁰⁵⁹ V., en ce sens, par exemple, les paragraphes 14 à 20 du règlement (CE) n° 2140/97 de la Commission, du 30 octobre 1997, instituant un droit antidumping provisoire sur les importations de télécopieurs personnels originaires de la République populaire de Chine, du Japon, de la République de Corée, de Malaysia, de Singapour, de T'ai-wan et de Thaïlande (*JOCE* L 297, 31 octobre 1997, p. 61) ; les paragraphes 10 et 11 du règlement (CE) n° 435/2004 du Conseil, du 8 mars 2004, instituant un droit antidumping définitif et portant perception définitive du droit provisoire institué sur les importations de cyclamate de sodium originaire de la République populaire de Chine et de l'Indonésie (*JOUE* L 72, 11 mars 2004, p. 1) et, plus récemment, les paragraphes 63 à 66 du règlement (CE) n° 1130/2008 de la Commission, du 14 novembre 2008, instituant un droit antidumping provisoire sur les importations de certains types de bougies, chandelles, cierges et articles similaires originaires de la République populaire de Chine, *JOUE* L 306, 15 novembre 2008, p. 22).

¹⁰⁶⁰ Définies *infra* § 295 et s.

¹⁰⁶¹ V., par exemple, le paragraphe 17 du règlement (CE) n° 2140/97, préc.

¹⁰⁶² Ni l'un ni l'autre ne définissent de seuil d'insuffisance des opérations commerciales normales, le Code antidumping n'envisageant d'ailleurs explicitement que l'absence, mais pas l'insuffisance (v. article 2.2 du Code antidumping et article 2, paragraphe 3, du règlement de base).

¹⁰⁶³ TPICE, 17 juillet 1998, *Thai Bicycle Industry Co. Ltd c/ Conseil*, aff. T-118/96, *Rec.* p. II-2991 (pts 48 et 58 à 62) ; approbation indirecte car le seuil avait, dans cette affaire, été utilisé dans le cadre de la construction de la valeur normale pour écarter la marge bénéficiaire réelle et utiliser la marge bénéficiaire moyenne pondérée de deux autres producteurs thaïlandais.

¹⁰⁶⁴ Qui envisage seulement, sans précision, « *la situation particulière du marché* » (article 2.2. du Code de 1994, article 2.4. du deuxième Code et article 2.d) du premier Code).

qu'à partir d'une modification de celle-ci intervenue le 5 novembre 2002¹⁰⁶⁵. Depuis cette date, le règlement de base contient une liste non limitative¹⁰⁶⁶ d'exemples de « *situation[s] particulière[s] du marché* »¹⁰⁶⁷, l'un visant explicitement une situation de prix domestiques anormalement bas, les autres concernant implicitement une telle circonstance. Or l'élimination de tels prix bas au profit d'une valeur construite augmente quasi mécaniquement la valeur normale et, par conséquent, facilite le constat d'une marge de dumping ou en augmente l'importance.

En revanche, des circonstances conduisant à des prix domestiques élevés ne constituent pas une situation particulière du marché¹⁰⁶⁸. Ainsi des différences au niveau de l'élasticité des prix entre les marchés d'exportation et d'importation, responsables des prix élevés sur le premier marché, n'empêchent-elles pas une comparaison valable¹⁰⁶⁹. Elles seraient, au contraire, une condition préalable à une différenciation des prix telle que le dumping.

De même, la protection du marché d'exportation par un brevet sur le seul marché d'exportation ne provoque pas une situation particulière du marché¹⁰⁷⁰.

¹⁰⁶⁵ Règlement (CE) n° 1972/2002, préc., modifiant le règlement de base (CE) n° 384/96 qui, transposant le Code antidumping, n'explicitait pas la notion de « *situation particulière du marché* » (article 2, paragraphe 3).

¹⁰⁶⁶ Considérant n° 3 du règlement (CE) n° 1972/2002, préc.

¹⁰⁶⁷ Ils figurent au second alinéa du paragraphe 3 de l'article 2 du règlement de base, lequel est ainsi rédigé : « *Il peut être considéré qu'il existe une situation particulière du marché pour le produit concerné au sens de la phrase précédente, notamment lorsque les prix sont artificiellement bas, que l'activité de troc est importante ou qu'il existe des régimes de transformation non commerciaux* ».

¹⁰⁶⁸ La notion de *situation particulière du marché* était en cause dans l'affaire de l'*aspartame du Japon et des États-Unis* : en l'espèce, les exportateurs voulaient voir écartés des prix domestiques élevés afin que la valeur normale ne soit pas trop élevée et, en l'occurrence, la construction de la valeur normale aurait conduit à l'établissement d'une valeur inférieure.

¹⁰⁶⁹ Règlement (CE) n° 3421/90 de la Commission, du 26 novembre 1990, instituant un droit antidumping provisoire sur les importations d'aspartame originaire du Japon et des États-Unis d'Amérique, *JOCE* L 330, 29 novembre 1990, p. 16 (paragraphe 15 et 16) ; conclusions de la Commission confirmées par le Conseil dans le règlement (CEE) n° 1391/91, du 27 mai 1991, instituant un droit antidumping définitif sur les importations d'aspartame originaire du Japon et des États-Unis d'Amérique, *JOCE* L 134, 29 mai 1991, p. 1 (paragraphe 8).

¹⁰⁷⁰ Règlement (CE) n° 3421/90 de la Commission, préc. (paragraphe 17 et 18) ; conclusions de la Commission confirmées par le Conseil dans le règlement (CEE) n° 1391/91, préc. (paragraphe 8). S'agissant de cette cause de différence de structure entre les marchés, le Tribunal a confirmé qu'elle ne provoquait pas, en tant que telle, une situation particulière justifiant le recours à une méthode alternative de calcul de la valeur normale : statuant sur les recours formés contre le règlement du Conseil, le Tribunal n'exclut pas que les critères de la structure du marché ou du degré de concurrence puissent conduire à retenir la méthode de la valeur construite. Il écarte cette éventualité tant que les prix réels sont le résultat des forces du marché. Il estime que les requérantes n'ont pas démontré que les prix retenus ne résulteraient pas des forces du marché : TPICE, 18 décembre 1997, *Ajinomoto Co., Inc. et The NutraSweet Company c/ Conseil*, aff. jtes T-159/94 et T-160/94, *Rec.* p. II-2461 (pt 127). Statuant sur pourvoi, la Cour de justice a rejeté l'erreur de droit alléguée à l'encontre de cette interprétation du règlement de base (CEE) n° 2423/88, alors en vigueur, mais par une motivation contestable et, en tout état de cause, non transposable à l'actuel règlement de base ;

De manière générale, la frilosité des institutions à l'égard de cette quatrième circonstance autorisant le recours à une méthode alternative, est critiquée. En effet, « *les arguments d'exportateurs désireux d'éviter la prise en considération de prix intérieurs élevés au motif que ceux-ci résulteraient d'ententes, d'interventions étatiques* »¹⁰⁷¹, seraient généralement écartés¹⁰⁷². Une telle frilosité favorise l'évaluation d'une valeur normale élevée et, par suite, le constat d'une marge de dumping ou l'exagération de son ampleur. Un aspect positif peut néanmoins être envisagé : en pénalisant l'existence de restrictions ou distorsions de concurrence sur le marché d'exportation, elle permettrait de sanctionner la cause sous-jacente au dumping, source de son caractère déloyal.

2° Le rôle inflationniste de la notion d'opération commerciale normale

295. Le rôle de la notion d'*opération commerciale normale* dans le choix de la méthode d'établissement de la valeur normale, est central. Deux des quatre

CJCE, 3 mai 2001, *Ajinomoto Co., Inc. et The NutraSweet Company c/ Conseil et Commission*, aff. jtes C-76/98 P et C-77/98 P, *Rec.* p. I-3223.

¹⁰⁷¹ Pierre DIDIER, *Les principaux accords de l'OMC et leur transposition dans la Communauté européenne*, *op. cit.* ; ici p. 19.

¹⁰⁷² Ainsi la Commission a-t-elle évalué la valeur normale sur la base des prix réels alors que la concurrence sur le marché intérieur était restreinte par un système de fixation de prix minimaux, en relevant que cette fixation tenait compte, néanmoins, de considérations de marché : décision n° 83/360/CEE, de la Commission, du 18 juillet 1983, portant clôture de la procédure antidumping concernant les importations de certaines poires au sirop originaires d'Australie, de la république populaire de Chine et de la république d'Afrique du Sud, *JOCE* L 196, 20 juillet 1983, p. 22 (paragraphe 8).

Par ailleurs, ne constitue pas un obstacle à l'utilisation des prix domestiques le fait que ceux-ci seraient excessivement élevés en raison d'une position dominante ou du monopole du producteur-exportateur sur le marché domestique : v. Wolfgang MÜLLER, Nicholas KHAN et Hans-Adolf NEUMANN, *EC Anti-dumping Law – A Commentary on Regulation 384/96*, *op. cit.* ; spéc. p. 69. En effet, dans l'affaire de la dihydrostreptomycine (règlement (CEE) n° 2054/91 de la Commission, du 11 juillet 1991, instituant un droit antidumping provisoire sur les importations de dihydrostreptomycine originaire de république populaire de Chine, *JOCE* L 187, 13 juillet 1991, p. 23), s'agissant des pratiques de dumping du producteur japonais, non seulement les institutions utilisèrent-elles le prix domestique, mais elles rejetèrent l'argument de ce producteur selon lequel la valeur normale devrait être ajustée pour tenir compte de la position de monopole de ce dernier au Japon et de l'absence de concurrence correspondante : « *Une différenciation préjudiciable de prix est condamnée par le droit communautaire et le droit international, quelles qu'en soient les raisons. La position de monopole au Japon ne détermine pas en elle-même le niveau de prix sur le marché intérieur. Si l'exportateur exploite sa position de monopole au Japon pour pratiquer des prix plus élevés sur son marché intérieur qu'à l'exportation, il doit supporter les conséquences de sa décision librement prise* » (paragraphe 18). En revanche, ces « *conditions économiques particulières* » justifiaient de ne pas utiliser le prix pratiqué sur le marché intérieur japonais comme base adéquate pour le calcul de la valeur normale du produit chinois (la Chine n'ayant pas une économie de marché) (paragraphe 11 ; et v. également règlement (CEE) n° 3836/91 du Conseil, du 19 décembre 1991, instituant un droit antidumping définitif, *JOCE* L 362, 31 décembre 1991, p. 1, paragraphes 6-10).

circonstances autorisant le recours à l'une des méthodes alternatives reposent sur elle. Or sa définition et sa mise en œuvre offrent un terrain propice aux appréciations protectionnistes : elles sont susceptibles de conduire à une élévation de la valeur normale.

Dans le silence de l'Accord général et des deux premiers Codes antidumping sur le sens de l'expression *opérations commerciales normales*¹⁰⁷³, le législateur communautaire avait choisi de décerner un brevet d'anormalité aux opérations commerciales réalisées « *entre parties paraissant être associées ou avoir conclu entre elles un arrangement de compensation* »¹⁰⁷⁴. À cet égard, les lacunes de l'encadrement multilatéral en matière d'exemplification des opérations anormales n'ont que partiellement été comblées en 1994, en ce qui concerne les seules opérations anormales en raison du prix, *i.e.* les ventes à perte anormales¹⁰⁷⁵.

296. Le règlement de base adopté pour transposer le Code antidumping de 1994 a maintenu l'anormalité des ventes domestiques entre parties liées – *i.e.* parties associées ou ayant conclu un arrangement de compensation. Cette solution est *a priori* compatible avec le droit de l'OMC¹⁰⁷⁶, à condition qu'elle ne conduise pas à une détermination biaisée de la valeur normale¹⁰⁷⁷. La notion de parties associées a

¹⁰⁷³ Employée, mais non définie, par les articles VI.1.a) du GATT, 2.4 et 2.d) du premier Code et 2.4 du deuxième Code.

¹⁰⁷⁴ Article 2, paragraphe 1, du règlement de base (CE) n° 384/96. Cette opprobre fut introduite dans la législation antidumping communautaire en 1979, par le deuxième règlement de base, le règlement (CEE) n° 3017/79 du Conseil, du 20 décembre 1979, *JOCE* L 339, 31 décembre 1979, p. 1 ; v. considérant n° 6 et article 2, paragraphe 7.

¹⁰⁷⁵ V. *supra* n° 244.

¹⁰⁷⁶ En effet, l'anormalité des ventes entre parties liées, bien que non explicitement mentionnée dans le Code antidumping, n'a pas été jugée contraire audit Code par l'Organe d'appel *États-Unis – Certains produits en acier laminés à chaud en provenance du Japon*, rapport du 24 juillet 2001, WT/DS184/AB/R. Il y indique que « [l]'Accord antidumping ne définit pas l'expression "au cours d'opérations commerciales normales" » (paragraphe 139), reconnaît qu'il existe « de nombreuses raisons pour lesquelles des transactions pourraient ne pas avoir lieu "au cours d'opérations commerciales normales" », telles que l'appartenance de personnes juridiques distinctes à une même entité (paragraphe 141), et que le Code n'envisage qu'une « méthode » pour déterminer si des ventes ont lieu au cours d'opérations commerciales normales mais « ne traite pas de la question spécifique des transactions entre parties affiliées » (paragraphe 147).

¹⁰⁷⁷ Dans l'affaire *États-Unis – Certains produits en acier laminés à chaud en provenance du Japon*, l'Organe d'appel a sanctionné la manière biaisée dont les États-Unis procédaient à l'exclusion des ventes entre parties associées. Était en cause une pratique courante consistant, pour considérer des ventes comme anormales car entre parties affiliées, à utiliser un critère de *prix bas* (critère des 99,5%) appliqué automatiquement, sans possibilité réelle de réfuter la présomption créée par ce critère, pourtant simple en théorie. L'application de ce critère est jugée incompatible avec le Code antidumping en raison de son manque d'impartialité (v. rapport du 24 juillet 2001, WT/DS184/AB/R, paragraphes 149 à 158). En effet, pour les ventes entre parties affiliées à des prix élevés, l'exclusion n'était possible que si le prix était anormalement ou artificiellement élevé, sans seuil spécifique défini

ensuite été précisée par un règlement modificatif¹⁰⁷⁸. Ainsi définie et telle qu'appliquée par les institutions de l'Union, cette notion permet de constater une anomalie dans des circonstances où l'association paraît tenue¹⁰⁷⁹. L'anormalité des opérations entre parties associées est présumée, mais cette présomption est simple et les parties¹⁰⁸⁰, ainsi que les institutions¹⁰⁸¹, peuvent apporter la preuve que,

(et absolument pas en cas de seuil *parallèle* de 100,5%) et les ventes à prix élevés étaient automatiquement incluses sauf à ce que l'exportateur démontre que le prix de vente était anormalement ou artificiellement élevé. La différence de traitement des ventes à prix bas et des ventes à prix élevés, par l'usage de deux critères très différents, « *aboutissait systématiquement à relever la valeur normale, puisque les ventes à prix marginalement bas étaient automatiquement exclus, tandis que toutes les ventes à prix élevés étaient automatiquement incluses, sauf celles dont il était prouvé, lorsque la demande en était faite, que le prix auquel elles avaient été effectuées était anormalement élevé. Ainsi, l'application des deux critères désavantageait les exportateurs* » (paragraphe 154).

¹⁰⁷⁸ Règlement (CE) n° 1972/2002 du Conseil, du 5 novembre 2002, modifiant le règlement (CE) n° 384/96 du Conseil, relatif à la défense contre les importations qui font l'objet d'un dumping de la part de pays non membres de la Communauté européenne, *JOCE* L 305, 7 novembre 2002, p. 1, article 1^{er}, sous 1).

Cette disposition ajoute à l'article 2, paragraphe 1, du règlement de base (CE) n° 384/96, aujourd'hui codifié dans le règlement (CE) n° 1225/2009, l'alinéa 4 suivant : « *Pour déterminer si deux parties sont associées, il peut être tenu compte de la définition des parties liées figurant à l'article 143 du règlement (CEE) n° 2454/93 de la Commission, du 2 juillet 1993 fixant certaines dispositions d'application du règlement (CEE) n° 2913/92 du Conseil établissant le code des douanes communautaires* ». Ledit article 143 permet de réputer liées des personnes : « *a) si l'une fait partie de la direction ou du conseil d'administration de l'autre, et réciproquement ; b) si elles ont juridiquement la qualité d'associés ; c) si l'une est l'employé de l'autre ; d) si une personne quelconque possède, contrôle ou détient directement ou indirectement 5 % ou plus des actions ou parts émises avec droit de vote de l'une et de l'autre ; e) si l'une d'elles contrôle l'autre directement ou indirectement ; f) si toutes deux sont directement ou indirectement contrôlées par une tierce personne ; g) si, ensemble, elles contrôlent directement ou indirectement une tierce personne* ».

¹⁰⁷⁹ Ivo VAN BAEL et Jean-François BELLIS expliquent qu'une participation de l'une de 5% dans le capital de l'autre suffit pour établir une *association* : *EU Anti-Dumping and Other Trade Defence Instruments*, 5^{ème} éd., *op. cit.* ; spéc. p. 52. D'ailleurs, il résulte du questionnaire que la Commission envoie aux producteurs et exportateurs que deux parties sont présumées liées si une personne détient ou contrôle, directement ou indirectement, 5% ou plus des votes ou actions de ces deux parties : v. Annexe II, intitulée *Glossaire*, du questionnaire (version au 23/11/2012) communiqué par la Commission européenne, en anglais, suite à une demande d'accès aux documents fondée sur le règlement (CE) n° 1049/2001 du Parlement européen et du Conseil, du 30 mai 2001, relatif à l'accès du public aux documents du Parlement européen, du Conseil et de la Commission, *JOCE* L 145, 31 mai 2001, p. 43.

¹⁰⁸⁰ V. le règlement (CEE) n° 2140/89 de la Commission, du 12 juillet 1989, instituant un droit antidumping provisoire sur les importations de certains lecteurs de disques compacts originaires du Japon et de Corée du Sud, *JOCE* L 205, 18 juillet 1989, p. 5.

¹⁰⁸¹ V., par exemple, la décision n° 84/259/CEE de la Commission, du 10 mai 1984, portant acceptation d'engagements souscrits dans le cadre de la procédure anti-dumping concernant les importations de certains papiers sensibilisés pour images polychromes, originaires du Japon, et portant clôture de la procédure, *JOCE* L 124, 11 mai 1984, p. 45 (paragraphe 8 et 9).

nonobstant les liens existants, les prix pratiqués pour ces opérations sont comparables à ceux d'opérations entre parties indépendantes¹⁰⁸².

Cette apparente souplesse n'écarte pas les griefs formulés contre ce traitement des ventes à des parties associées et un renversement de la présomption serait souhaitable. En effet, ce traitement perturbe le calcul de la marge de dumping. Il conduit à retenir les prix pratiqués, en aval, par le distributeur lié au client indépendant, et non les prix, plus en amont, entre le producteur et ce distributeur¹⁰⁸³. L'existence d'un lien ne conduit pas à l'exclusion des prix domestiques et au recours à une autre méthode, sauf absence totale ou insuffisance d'opérations commerciales normales, mais à la recherche de la première vente à un client indépendant, vente réalisée, en aval, par un distributeur lié au producteur. Or, plus le prix de référence est pris à un stade avancé de la chaîne de distribution, plus il est élevé. Et la correction de la valeur normale ainsi établie par l'ajustement pour différence de stade commercial ne suffirait pas, en pratique, à corriger cet excès¹⁰⁸⁴.

¹⁰⁸² Article 2, paragraphe 1, du règlement de base : « *s'il est établi que ces prix ne sont pas affectés par cette relation* ». Par exemple, la Commission indique avoir considérées comme effectuées au cours d'opérations commerciales normales les ventes d'un producteur japonais à un client, dans lequel il détenait une participation très minoritaire, dans la mesure où les prix pratiqués lors de ces ventes étaient comparables à ceux offerts aux autres clients indépendants : v. le règlement (CEE) n° 2054/91 de la Commission, du 11 juillet 1991, instituant un droit antidumping provisoire sur les importations de dihydrostreptomycine originaire de république populaire de Chine, *JOCE* L 187, 13 juillet 1991, p. 23 (paragraphe 9).

¹⁰⁸³ Pratique validée dans le rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Certains produits en acier laminés à chaud en provenance du Japon*, 24 juillet 2001, WT/DS184/AB/R, dans le cas des États-Unis (paragraphe 166), infirmant sur ce point le rapport du Groupe spécial (v. paragraphe 173). Cependant, l'Organe d'appel a souligné l'importante exigence qu'il soit procédé à une *comparaison équitable* de la valeur normale et du prix à l'exportation. Il a souligné que « [1] *utilisation des prix de vente en aval pour le calcul de la valeur normale peut affecter la comparabilité de la valeur normale et du prix d'exportation parce que, par exemple, les ventes en aval peuvent avoir été effectuées à un niveau commercial différent de celui des ventes à l'exportation. D'autres facteurs peuvent aussi affecter la comparabilité des prix, tels que le paiement de taxes sur les ventes additionnelles frappant les ventes en aval, et les frais et bénéfices du revendeur. Nous pensons donc que lorsque les autorités chargées de l'enquête décident d'utiliser, pour calculer la valeur normale, les ventes en aval à des acheteurs indépendants, elles ont une obligation particulière d'assurer l'équité de la comparaison, parce qu'il est plus que probable que les ventes en aval contiendront des éléments de prix additionnels qui pourraient fausser la comparaison* » (paragraphe 168). L'Organe d'appel conclut : « *Ainsi, l'utilisation des prix de vente en aval peut nécessiter qu'il soit "dûment tenu compte", conformément à l'article 2.4, de toutes différences dont il est démontré qu'elles affectent la comparabilité des prix* » (paragraphe 169).

¹⁰⁸⁴ V. Pierre DIDIER, « *The WTO Anti-Dumping Code and EC Practice, Issues for Review in Trade Negotiations* », préc. ; spéc. p. 35. L'auteur souligne que ce traitement des prix domestiques intra-groupes n'est pas seulement créateur de dumping, mais affecte la concurrence sur le marché d'exportation : les producteurs qui vendent directement à des distributeurs / grossistes indépendants sont avantagés par rapport à ceux qui vendent sur leur marché domestique par un réseau de distribution lié.

Et v. *infra* n° 313 et s., les développements relatifs aux ajustements (dans le cadre de la comparaison de la valeur normale et du prix à l'exportation) pour différences de niveau de commerce.

Le même régime s'applique¹⁰⁸⁵, et les mêmes critiques peuvent être formulées, au cas des prix pratiqués entre parties ayant conclu entre elles un accord de compensation. Un tel accord, rarement constaté en pratique, peut être un « *accord technique particulier* »¹⁰⁸⁶, ou consister en l'application de processus de fabrication spéciaux¹⁰⁸⁷, ou être un arrangement dans lequel l'acheteur fournit la matière première et paye seulement sa transformation par le producteur¹⁰⁸⁸. La compensation peut être utilisée comme mode de paiement¹⁰⁸⁹.

297. Anormales en raison des liens entre les parties, les opérations commerciales peuvent aussi l'être en raison de leur prix. Contrairement aux ventes entre parties liées à propos desquelles il est tout aussi silencieux que ses prédécesseurs, le Code antidumping de 1994 fixe, désormais, les conditions dans lesquelles les ventes à perte

¹⁰⁸⁵ Dans l'affaire du *ferrosilicomanganèse*, la Commission a exclu les ventes à un client avec lequel un producteur sud-africain « *avait conclu un accord de compensation car elle [n'était] pas convaincue que les prix pratiqués étaient comparables à ceux qui seraient appliqués à des transactions entre des parties ne disposant pas d'un tel lien* » (règlement (CEE) n° 3119/94 de la Commission, du 19 décembre 1994, instituant un droit antidumping provisoire sur les importations de ferrosilicomanganèse originaire de Russie, d'Ukraine, du Brésil et d'Afrique du Sud, *JOCE* L 330, 21 décembre 1994, p. 15, paragraphe 20).

¹⁰⁸⁶ V. décision n° 82/397/CEE de la Commission, du 14 juin 1982, portant acceptation des engagements souscrits dans le cadre de la procédure anti-« dumping » concernant les importations de certains films de polypropylène pour condensateurs originaires du Japon, et portant clôture de cette procédure, *JOCE* L 172, 18 juin 1982, p. 44 (paragraphe 8).

¹⁰⁸⁷ V. règlement (CEE) n° 1281/82 du Conseil, du 12 mai 1981, instituant un droit anti-« dumping » définitif sur l'acétate de vinyle monomère originaire des États-Unis d'Amérique, *JOCE* L 129, 15 mai 1981, p. 1, (paragraphe 9).

¹⁰⁸⁸ V. règlement (CEE) n° 407/83 du Conseil, du 21 février 1983, modifiant le règlement (CEE) n° 3439/80 instituant un droit anti-« dumping » définitif à l'importation de certains fils de polyester originaires des États-Unis d'Amérique, *JOCE* L 50, 23 février 1983, p. 1 (paragraphe 18).

¹⁰⁸⁹ Dans l'affaire *Petrotub et Republica*, le producteur roumain Republica avait demandé l'exclusion des ventes utilisant une compensation comme mode de paiement, demande rejetée par le Conseil au seul motif succinct qu'il avait « *été établi au cours de l'enquête que les ventes par compensation avaient bel et bien été effectuées au cours d'opérations commerciales normales* » : règlement (CE) n° 2320/97 du Conseil, du 17 novembre 1997, instituant des droits antidumping définitifs sur les importations de certains tubes et tuyaux sans soudure, en fer ou en acier non allié, *JOCE* L 322, 25 novembre 1997, p. 1 (paragraphe 20). La présomption d'exclusion était ainsi renversée sans exposé des motifs dans le règlement. Curieusement, le Tribunal avait avalisé l'attitude du Conseil en notant que Petrotub n'avait fourni aucun élément de preuve et aucune indication permettant de supposer que les arrangements compensatoires qu'il invoquait avaient affecté les prix, renversant ainsi le sens de la présomption et la charge de la preuve : TPICE, 15 décembre 1999, *Petrotub SA et Republica SA c/ Conseil et Commission*, aff. jtes T-33/98 et T-34/98, *Rec.* p. II-3837 (pts 73-75). Rappelant le sens du principe et de l'exception (exclusion et non prise en compte ; utilisation seulement si preuve de non affectation), la Cour a censuré l'arrêt du Tribunal. Elle lui a reproché une erreur de droit consistant à avoir estimé que le Conseil avait suffisamment motivé son refus d'exclure les ventes par compensation. Selon la Cour, l'affirmation précitée du Conseil est péremptoire et ne comporte aucun élément d'explication. Dès lors, elle ne satisfaisait pas aux exigences de l'obligation de motivation : CJCE, 9 janvier 2003, *Petrotub SA et Republica SA c/ Conseil et Commission*, aff. C-76/00 P, *Rec.* p. I-79 (pts 79-92). Bien que l'arrêt censure un défaut de motivation, en filigrane, la Cour rappelle le principe d'exclusion des ventes par compensation et souligne que celui qui voudrait les prendre en compte doit prouver que leurs prix ne sont pas affectés par la relation entre les parties.

peuvent être considérées comme anormales, réparant une lacune des codes antérieurs. Est à perte une vente à un prix « *inférieur aux coûts de production unitaires (fixes et variables), majorés des frais de vente, dépenses administratives et autres frais généraux* »¹⁰⁹⁰, autrement dit une vente à un prix ne couvrant pas les coûts totaux moyens (CTM)¹⁰⁹¹. Outre les multiples approximations et occasions d'excès qu'offre l'évaluation de ces divers coûts et frais, la fixation d'un niveau si élevé du prix trop bas est contestable en ce qu'elle permet le recours à la méthode de la valeur normale construite. Celle-ci conduit à constater un dumping lorsque les ventes à l'exportation sont effectuées à des prix inférieurs aux coûts totaux moyens augmentés d'une marge bénéficiaire raisonnable (CTMAMBR)¹⁰⁹².

Le Code antidumping subordonne l'exclusion des ventes domestiques à perte à la réunion de trois conditions cumulatives, reprises par le règlement de base. De telles ventes doivent être effectuées sur une « *longue période* » – « *période étendue* » dans le règlement de base –, en « *quantités substantielles* » et « *à des prix qui ne permettent pas de couvrir tous les frais dans un délai raisonnable* »¹⁰⁹³. La « *période étendue* » est d'au moins six mois et généralement d'un an¹⁰⁹⁴. Les ventes en question sont en « *quantités substantielles* », soit lorsque le prix de vente moyen pondéré, au cours de cette « *longue période* », est inférieur au coût unitaire moyen pondéré, soit lorsque le volume des ventes à des prix inférieurs au coût unitaire dépasse 20% des ventes utilisées pour déterminer la valeur normale¹⁰⁹⁵. Quant à la condition de non couverture de tous les frais dans un délai raisonnable, il est considéré que « *si les prix qui sont inférieurs aux coûts au moment de la vente sont supérieurs aux coûts moyens*

¹⁰⁹⁰ Article 2, paragraphe 4, du règlement de base ; formulation conforme à celle de l'article 2.2.1 du Code antidumping de 1994 : « *ventes [...] à des prix inférieurs aux coûts de production unitaires (fixes et variables) majorés des frais d'administration et de commercialisation et des frais de caractère général* ».

¹⁰⁹¹ V. *supra* n° 247 et s. Ce traitement des ventes à perte est, par conséquent, critiquable pour son incompatibilité avec les principes du droit antitrust en raison du standard de coûts retenu pour qualifier une opération de vente à perte.

¹⁰⁹² V. *supra* n° 248 et s.

¹⁰⁹³ Article 2.2.1, du Code antidumping ; article 2, paragraphe 4, du règlement de base.

¹⁰⁹⁴ Note de bas de page n° 4 du Code antidumping ; article 2, paragraphe 4, alinéa 3, du règlement de base.

¹⁰⁹⁵ Note de bas de page n° 5 du Code antidumping ; article 2, paragraphe 4, alinéa 3, du règlement de base. Le Tribunal a confirmé le caractère alternatif de ces deux critères pour déterminer si des ventes à des prix inférieurs au coût de production unitaire doivent être considérées comme effectuées en quantités substantielles. Il a rejeté l'idée que le premier critère devrait avoir priorité sur le second ainsi que l'allégation selon laquelle ce caractère alternatif – absence de priorité – serait incompatible avec le Code antidumping (TPICE, 15 décembre 1999, *Petrotub SA et Republica SA c/ Conseil*, aff. jtes T-33/98 et T-34/98, préc. (pts 83 à 93) ; le pourvoi devant la Cour ne portait pas sur cette question).

pondérés pendant la période d'enquête », ces prix « *permettent de couvrir les frais dans un délai raisonnable* »¹⁰⁹⁶.

298. Les institutions européennes mettent en œuvre ces conditions de la manière et avec les incidences suivantes. En premier lieu, elles déterminent les ventes à perte et les ventes bénéficiaires sur une période de référence correspondant à la période couverte par l'enquête – immédiatement antérieure à l'ouverture de la procédure et d'une durée généralement d'une année et, en tout état de cause, d'au moins six mois. En second lieu, elles déterminent la proportion des ventes bénéficiaires par rapport au volume total des ventes. Trois situations sont alors distinguées.

1) Si le volume des ventes bénéficiaires représente plus de 80% du volume total des ventes et que le prix moyen pondéré pratiqué est égal ou supérieur au « *coût de production* »¹⁰⁹⁷, la méthode de principe est utilisée en tenant compte de toutes les ventes, bénéficiaires ou non. Dans ce cas, la présence de ventes à perte est sans incidence et aucune vente n'est considérée comme une opération commerciale anormale en raison du prix (application de la méthode de principe).

2) Lorsque le volume des ventes bénéficiaires représente 80% ou moins du volume total des ventes ou lorsque le prix moyen pondéré pratiqué est inférieur au coût de production, la valeur normale est déterminée sur la base du prix intérieur réel des seules ventes bénéficiaires (utilisation de la méthode de principe *adaptée*), à condition, dans les deux hypothèses, que les ventes bénéficiaires représentent 10% ou plus du volume total des ventes.

3) Enfin, lorsque le volume des ventes bénéficiaires représente moins de 10% du volume total des ventes, les institutions considèrent que le prix pratiqué sur le marché domestique n'est pas une base appropriée pour établir la valeur normale et écartent la méthode de principe (recours à l'une des méthodes alternatives).

¹⁰⁹⁶ Article 2, paragraphe 4, alinéa 3, du règlement de base, transposant l'article 2.2.1, dernière phrase, du Code antidumping.

¹⁰⁹⁷ Ce dernier étant le coût de production moyen pondéré pour la période d'enquête, le cas échéant compte tenu d'ajustements notamment pour opérations de démarrage.

Cette méthodologie européenne, dont la compatibilité avec le Code antidumping était mise en cause par la Norvège dans l'affaire du *saumon d'élevage*, a été validée par le Groupe spécial de l'ORD chargé de ce différend¹⁰⁹⁸.

299. Le traitement des ventes à perte par les institutions peut être ainsi résumé.

Lorsque ces ventes sont en trop grand nombre – 90% ou plus –, elles permettent l'exclusion de la méthode de principe de calcul de la valeur normale et le recours à une méthode alternative, le plus souvent la valeur normale construite, généralement favorable à la constatation d'une marge de dumping (toutes les ventes réelles sont alors exclues).

Outre ce pouvoir d'exclusion de la méthode de principe, ces opérations à perte, lorsque présentes dans une certaine proportion moindre mais néanmoins importante, ont un pouvoir d'élévation de la valeur normale : en effet, elle est alors calculée à partir du prix domestique en écartant seulement les ventes à perte. Seules ces dernières sont exclues lorsque le volume des ventes bénéficiaires représente moins de 80% mais plus de 10% du total des ventes (*règle dite du 80/10*). Autrement dit, entre 20% et 90% des ventes sont alors écartées de la détermination de la valeur normale à partir du prix domestique. La valeur normale peut alors n'être qu'une moyenne de 10% des ventes domestiques. Par la prise en compte des seules opérations commerciales profitables, cette exclusion partielle des ventes domestiques provoque mécaniquement une élévation de la valeur normale¹⁰⁹⁹.

En exigeant la réunion de trois conditions à l'élimination des opérations anormales en raison du prix, l'encadrement multilatéral et la législation antidumping de l'Union semblent poser le principe d'une prise en compte des ventes à perte dans le calcul de

¹⁰⁹⁸ Groupe spécial *Communautés européennes – Mesure antidumping visant le saumon d'élevage en provenance du Norvège*, rapport du 16 novembre 2007, WT/DS337/R (paragraphe 7.206 à 7.279).

Pour une présentation de cette méthode suivie par les institutions, v. le règlement de la Commission en cause dans l'affaire du saumon d'élevage (règlement (CE) n° 628/2005 de la Commission, du 22 avril 2005, instituant un droit antidumping provisoire sur les importations de saumon d'élevage originaire de Norvège, *JOUE* L 104, 23 avril 2005, p. 5) ; et pour une illustration plus récente de l'application de cette méthode, v. le règlement (CE) n° 1129/2008 de la Commission, du 14 novembre 2008, instituant un droit antidumping provisoire sur les importations de certains câbles et torons de pré- et postcontrainte en acier non allié (câble et torons PSC) originaires de la République populaire de Chine, *JOUE* L 306, 15 novembre 2008, p. 5 (paragraphe 48-50).

¹⁰⁹⁹ Selon Pierre DIDIER, « [l]'exclusion des transactions à perte a généralement un effet considérable sur le niveau de la valeur normale, donc de la marge de dumping. Habituellement, ventes profitables et ventes à perte alternent, produisant une marge moyenne de profit raisonnable. Si l'on exclut du calcul du prix moyen toutes les transactions à perte, seuls les prix les plus élevés – donc les plus générateurs de dumping – sont pris en considération » (Pierre DIDIER, *Les principaux accords de l'OMC et leur transposition dans la Communauté européenne*, op. cit. ; ici p. 20, note n° 45).

la valeur normale et faire de leur exclusion une exception¹¹⁰⁰. La pratique semble indiquer une inversion du principe et de l'exception, les ventes à perte étant exceptionnellement prises en compte¹¹⁰¹.

300. La possibilité d'exclure les ventes à perte constitue une cause d'inflation des valeurs normales et, corrélativement, des marges de dumping. Lorsque l'anormalité autorise l'exclusion de certaines opérations, la pondération des prix des ventes restantes produit une valeur normale supérieure à ce qu'elle aurait été sans une telle exclusion. Lorsqu'elle autorise l'exclusion de la méthode du prix domestique, elle conduit fréquemment à la construction de la valeur normale. Or, dans l'opération de construction de la valeur normale (comme, d'ailleurs, dans la qualification d'une vente comme étant à perte), la marge d'appréciation des institutions¹¹⁰² est telle que les occasions de biais protectionnistes paraissent nombreuses. D'ailleurs, dans cette opération de construction, la notion d'opération commerciale normale intervient également puisque l'un des éléments de la valeur construite que constitue la « *marge bénéficiaire raisonnable* » est en principe fondé sur « *des données réelles concernant la production et les ventes, au cours d'opérations commerciales normales, du produit similaire par l'exportateur ou le producteur faisant l'objet de l'enquête* »¹¹⁰³. À propos d'une utilisation de la notion dans un tel contexte, le Tribunal a souligné que les ventes à prix inférieur aux coûts de production et les ventes entre parties associées ou ayant conclu un arrangement de compensation constituent des « *exemples* » d'opérations commerciales anormales et qu'une opération peut ne pas être normale en raison d'un prix élevé¹¹⁰⁴. Ainsi, dans l'espèce considérée, il a jugé que le calcul de la valeur normale construite était vicié par la prise en compte, aux

¹¹⁰⁰ Pourtant, suggérant une inversion, en pratique, du principe et de l'exception, Pierre DIDIER présente le Code antidumping comme ayant confirmé « *l'élimination des transactions à pertes sauf dans des circonstances limitativement définies* », les conditions d'exclusion semblant, ainsi, analysées comme des conditions de prise en compte : in, *Les principaux accords de l'OMC et leur transposition dans la Communauté européenne, op. cit.* ; spéc. p. 21.

¹¹⁰¹ *Ibid.*

¹¹⁰² Cette marge d'appréciation intervient dans l'évaluation des coûts de production, dans celle des frais de ventes, dépenses administratives et autres frais généraux (les *frais VAG*) – et, pour la construction de la valeur normale, dans l'évaluation d'une marge bénéficiaire raisonnable.

¹¹⁰³ Article 2, paragraphes 3 et 6, du règlement de base.

¹¹⁰⁴ Trib.UE, 30 avril 2013, *Alumina d.o.o. c/ Conseil*, aff. T-304/11, non encore publié au *Rec.* (pt 28 et v. pts 29-30).

fins du calcul de la marge bénéficiaire, d'opérations dont le prix incluait une prime de risque. Le résultat était une majoration artificielle de la valeur normale¹¹⁰⁵.

3° Les potentialités inflationnistes de la construction de la valeur normale

301. Le recours à la construction de la valeur normale favorise le constat d'une marge de dumping et/ou en augmente l'ampleur. En effet, la valeur construite est le produit de l'addition aux coûts de production dans le pays d'origine « *d'un montant raisonnable pour les frais de ventes, les dépenses administratives et autres frais généraux* » – les frais VAG – et « *d'une marge bénéficiaire raisonnable* »¹¹⁰⁶. Or, d'une part, la valeur normale construite est toujours bénéficiaire alors que la méthode du prix domestique peut conduire à une valeur normale à *prix coûtant*. D'autre part, l'évaluation des coûts de production et des frais VAG repose sur un grand nombre d'hypothèses et de suppositions qui constituent autant d'occasions de biais protectionnistes. À l'instar de nombreux aspects de l'action antidumping en particulier et de l'action de défense commerciale en général, cette évaluation économique complexe implique un large pouvoir d'appréciation des institutions et, par suite, un contrôle limité du juge européen¹¹⁰⁷. Ainsi, la détermination de l'existence d'un dumping risque de n'être que le résultat d'hypothèses et suppositions plus ou moins artificielles, et non pas le reflet du comportement commercial réel du producteur-exportateur en cause¹¹⁰⁸.

Les précisions apportées dans l'encadrement multilatéral et reprises dans la législation de base sont essentielles afin d'encadrer et de réduire l'importante marge d'appréciation des institutions et d'éviter un tel résultat. À cet égard, plusieurs règles du Code antidumping et du règlement de base peuvent être brièvement exposées. Les premières¹¹⁰⁹ régissent le calcul des frais de production – effectué en principe sur la base des registres comptables de l'entreprise concernée – et de leur répartition, et envisage la possibilité d'ajustements de ces frais pour tenir compte de ceux non

¹¹⁰⁵ *Ibid.* (pts 31-39).

¹¹⁰⁶ Article 2, paragraphe 3, du règlement de base et article 2.2 du Code antidumping.

¹¹⁰⁷ V. TPICE, 12 octobre 1999, *Acme c/ Conseil*, aff. T-48/96, *Rec.* p. II-3089 (pts 35-39).

¹¹⁰⁸ V., sur cette problématique, notamment : Ivo VAN BAEL et Jean-François BELLIS, *EU Anti-Dumping and Other Trade Defence Instruments*, 5^{ème} éd., *op. cit.* ; spéc. p. 59-60.

¹¹⁰⁹ Article 2, paragraphe 5, du règlement de base ; article 2.2.1.1 du Code antidumping.

renouvelables ainsi que des opérations de démarrage d'une production¹¹¹⁰. Les secondes règlementent la détermination des frais VAG et de la marge bénéficiaire. Au principe d'une détermination fondée « *sur des données réelles concernant la production et les ventes, au cours d'opérations commerciales normales, du produit similaire par l'exportateur ou le producteur faisant l'objet de l'enquête* »¹¹¹¹, sont adjointes trois méthodes alternatives disponibles en l'absence de telles données réelles¹¹¹².

302. Dès lors que la valeur normale construite comporte nécessairement un bénéfice raisonnable estimé, compte tenu de l'importante marge d'appréciation des institutions pour son évaluation, et nonobstant les précisions de l'encadrement multilatéral reprises dans la législation de base, l'objectif affiché de correspondance entre cette valeur construite et « *la situation qui aurait existé si le producteur avait effectivement vendu le produit en cause* »¹¹¹³, n'est probablement que rarement atteint.

B. Les facteurs de sous-évaluation du prix à l'exportation

303. Aux occasions de biais protectionnistes qui favorisent une surévaluation de la valeur normale s'ajoutent des choix et appréciations qui tendent à sous-évaluer le prix à l'exportation. Plusieurs facteurs ont une incidence sur la détermination de ce dernier : la conception retenue de la notion de *prix à l'exportation* (1°), la méthode choisie pour établir cette valeur (2°), et l'une de ces méthodes : la construction du prix à l'exportation (3°).

¹¹¹⁰ S'agissant de ces ajustements pour frais non renouvelables et pour opérations de démarrage (définition et conditions d'application), v. *infra* n° 358.

¹¹¹¹ Article 2, paragraphe 6, du règlement de base ; article 2.2.2 du Code antidumping.

¹¹¹² Quant à ces trois méthodes alternatives, v. *infra* n° 371-372.

¹¹¹³ CJCE, 13 février 1992, *Goldstar*, aff. C-105/90, préc. (pt 37) ; et plus récemment, Trib.UE, 30 avril 2013, *Alumina d.o.o. c/ Conseil*, aff. T-304/11, non encore publié au *Rec.* (pt 27).

1° L'incidence déflationniste de la définition retenue du prix à l'exportation

304. La fréquence du constat d'une marge de dumping et l'importance de cette dernière croissent avec la faiblesse du prix à l'exportation déterminé. Or le stade du processus d'exportation auquel ce prix est constaté exerce une forte incidence sur le niveau de ce prix. En principe, ce niveau augmente avec la progression d'amont en aval dans la chaîne de distribution.

La notion de prix à l'exportation n'est pas définie par l'article VI du GATT. En délimitant le dumping comme « *l'introduction des produits d'un pays sur le marché d'un autre pays à un prix inférieur à leur valeur normale* », cet article suggère qu'il s'agit du *prix d'introduction* sur le territoire du pays importateur. Mais en précisant qu'un « *produit exporté* » est considéré comme introduit en dumping si le « *prix du produit exporté* » est inférieur à la valeur normale, il indique que ce prix à l'exportation est le *prix au départ du pays exportateur*¹¹¹⁴. Bien qu'il ne le définisse pas davantage, le Code antidumping de 1994 peut être interprété comme suggérant qu'il s'agit du prix d'introduction¹¹¹⁵, ou compris comme optant pour le prix du produit au départ du pays exportateur¹¹¹⁶. Nonobstant ces divergences, l'article VI et le Code semblent exclure la possibilité de retenir le *prix du produit au moment de sa vente pour l'exportation*.

C'est, pourtant, la conception du prix à l'exportation qui est retenue dans l'Union¹¹¹⁷. Le prix à l'exportation auquel est comparé la valeur normale y est normalement « *le prix réellement payé ou à payer pour le produit vendu à l'exportation vers la*

¹¹¹⁴ Article VI:1 du GATT : « *Aux fins d'application du présent article, un produit exporté d'un pays vers un autre doit être considéré comme étant introduit sur le marché d'un pays importateur à un prix inférieur à sa valeur normale, si le prix de ce produit est*

a) inférieur au prix comparable pratiqué au cours d'opérations commerciales normales pour un produit similaire, destiné à la consommation dans le pays exportateur.

b) ou, en l'absence d'un tel prix sur le marché intérieur de ce dernier pays, si le prix du produit exporté » (soulignement ajouté).

¹¹¹⁵ L'article 2, paragraphe 1, du Code antidumping, indique qu' « *un produit doit être considéré comme faisant l'objet d'un dumping, c'est à dire comme étant introduit sur le marché d'un autre pays à un prix inférieur à sa valeur normale* » (soulignement ajouté). Ce passage indiquerait que *l'introduction* est le stade auquel le prix doit être déterminé.

¹¹¹⁶ L'article 2, paragraphe 1, du Code antidumping, ajoute, en effet : « *si le prix à l'exportation de ce produit, lorsqu'il est exporté d'un pays vers un autre* » (soulignement ajouté). Ce passage indiquerait que *l'exportation* est le stade auquel le prix doit être déterminé. Les versions en langue anglaise de l'article VI et du Code antidumping comportent les mêmes ambiguïtés quant à la conception du prix à l'exportation dans les accords de l'OMC.

¹¹¹⁷ Et, également, par les États-Unis d'Amérique, ce que souligne Pierre DIDIER (*Les principaux accords de l'OMC et leur transposition dans la Communauté européenne, op. cit. ; spéc. p. 33, note n° 76*).

Communauté »¹¹¹⁸, autrement dit le prix facturé par un producteur lors d'une vente « *pour l'exportation* » à une société indépendante, qu'il s'agisse d'un exportateur ou d'un importateur, l'élément important étant que le producteur ait vendu ses produits « *en sachant au moment de la vente qu'ils seraient exportés* »¹¹¹⁹.

305. Cette définition conduit l'Union à retenir le prix pratiqué *pour* l'exportation, au départ du producteur étranger, et non le prix d'introduction dans l'Union¹¹²⁰. Bien qu'excluant les autres conceptions du prix à l'exportation qui conduisent *a priori* à une estimation plus élevée (car plus en aval), en principe ce choix ne devrait pas avoir d'incidence sur la valeur finalement comparée à la valeur normale. En effet, ce prix *pour* l'exportation n'est que le point de départ de la détermination du prix à l'exportation finalement retenu, qui résultera des ajustements nécessaires pour correspondre, normalement, au stade sortie d'usine.

La conception européenne présenterait, d'ailleurs, l'avantage de réduire le nombre d'ajustements nécessaires, puisque la vente en vue de l'exportation est moins éloignée du stade sortie usine que ne l'est celle au stade d'introduction dans le pays importateur. Mais une différence sensible de résultat est alléguée lorsque le produit transite par un ou plusieurs intermédiaires indépendants avant d'entrer sur le territoire de l'Union¹¹²¹. Dans une telle situation, en retenant comme prix à l'exportation le prix de vente du producteur à de tels intermédiaires (sauf affiliation entre eux) au motif que le producteur connaissait leur destination finale¹¹²² (c'est-à-dire l'exportation), l'Union introduirait un élément de sous-évaluation du prix à l'exportation¹¹²³.

¹¹¹⁸ Article 2, paragraphe 8, du règlement de base. Pourtant, en cas de construction du prix à l'exportation, l'objectif est « *d'établir un prix à l'exportation fiable au niveau frontière communautaire* » !

¹¹¹⁹ V., à cet égard, par exemple : le pt 34 de l'arrêt du 21 novembre 2002, *Kundan Industries Ltd et Tata Industries Ltd/Conseil*, aff. T-88/98, *Rec.* p. II-4897 et le paragraphe 29 du règlement (CE) n° 1732/97 de la Commission, du 4 septembre 1997, instituant un droit antidumping provisoire sur les importations d'éléments de fixation en aciers inoxydables et de leurs parties originaires de république populaire de Chine, d'Inde, de Malaysia, et république de Corée, de T'ai-wan et de Thaïlande, *JOCE* L 243, 5 septembre 1997, p. 17.

¹¹²⁰ V. Pierre DIDIER, « Le Code anti-dumping du cycle de l'Uruguay : impact dans la Communauté », *préc.* ; spéc. p. 265-266.

¹¹²¹ Pierre DIDIER, *Les principaux accords de l'OMC et leur transposition dans la Communauté européenne*, *op. cit.* ; spéc. p. 33.

¹¹²² V., en ce sens, par exemple, règlement (CE) n° 1023/97 de la Commission, du 6 juin 1997, instituant un droit antidumping provisoire sur les importations de palettes simples, en bois, originaires de Pologne et portant acceptation des engagements offerts par certains exportateurs en ce qui concerne ces importations, *JOCE* L 150, 7 juin 1997, p. 4 (paragraphe 20) ; v., aussi, règlement (CEE) n° 1739/85 du Conseil, du 24 juin 1985, instituant un droit antidumping définitif sur les

Certes, s'il était pris plus en aval dans le processus d'exportation – donc généralement plus élevé –, le prix à l'exportation pourrait faire l'objet d'ajustements, avant comparaison avec la valeur normale, normalement au stade sortie d'usine. Mais ce niveau de comparaison n'est que de principe. La comparaison peut être effectuée à un niveau en aval, dès lors que les stades commerciaux pour la valeur normale et le prix à l'exportation sont identiques. De plus, l'obtention d'ajustements est si complexe et aléatoire que les producteurs-exportateurs ont intérêt à ce que le prix utilisé comme point de départ soit le plus élevé possible. En outre, l'approche européenne pourrait produire des résultats illogiques, « *si une marge élevée de l'intermédiaire [indépendant] compense les bas prix du producteur, le produit [est] introduit sur le marché de la Communauté à sa juste valeur, sans qu'il y ait de raison de considérer le prix en amont* »¹¹²⁴.

L'interprétation de la notion de prix à l'exportation choisie par la législation antidumping de l'Union peut également conduire à une sous-évaluation de ce prix lorsque différentes phases de production sont réparties entre plusieurs pays¹¹²⁵. Elle pénalise, ainsi, la répartition de la production entre plusieurs pays et l'internationalisation des chaînes d'approvisionnement et de production qui se sont développées avec la mondialisation des échanges.

importations de certains roulements à billes et à rouleaux coniques originaires du Japon, *JOCE* L 167, 27 juin 1985, p. 3 (paragraphe 11).

¹¹²³ En effet, lorsqu'il recourt à des intermédiaires indépendants, le producteur n'effectue pas lui-même les fonctions d'exportation et son prix reflète cette situation. Son niveau est significativement inférieur à ce qu'il serait s'il exportait lui-même, via une division interne ou une filiale. V. Pierre DIDIER, « The WTO Anti-Dumping Code and EC Practice, Issues for Review in Trade Negotiations », préc. ; spéc. p. 39.

¹¹²⁴ Pierre DIDIER, *Les principaux accords de l'OMC et leur transposition dans la Communauté européenne, op. cit.* ; ici p. 33. Néanmoins, dans une telle situation de produits introduits avec une telle marge réalisée par l'importateur, l'industrie de l'Union peut être pénalisée, des distributeurs choisissant d'importer des marchandises fabriquées et vendues en dumping par des producteurs de pays tiers et d'y appliquer une forte marge. Le consommateur européen ne bénéficie, alors, aucunement du bas prix des marchandises vendues à l'exportation, et l'industrie de l'Union souffre d'une telle délocalisation.

¹¹²⁵ V., pour un exemple éclairant : Pierre DIDIER, « The WTO Anti-Dumping Code and EC Practice, Issues for Review in Trade Negotiations », préc. ; spéc. p. 39-40.

2° L'incidence déflationniste du choix de la méthode d'évaluation du prix à l'exportation

306. Le prix à l'exportation est, en principe, « *le prix réellement payé ou à payer pour le produit vendu à l'exportation* »¹¹²⁶. À cette méthode principale du prix à l'exportation, sous-entendu *réel*, peut être substituée une méthode alternative, celle du prix à l'exportation construit.

En l'absence de prix à l'exportation¹¹²⁷, ou lorsqu'il n'apparaît « *pas fiable en raison de l'existence d'une association ou d'un arrangement de compensation entre l'exportateur et l'importateur ou un tiers* »¹¹²⁸, est permise la construction du prix à l'exportation à partir du « *prix auquel les produits importés sont revendus pour la première fois à un acheteur indépendant ou, si les produits ne sont pas revendus à un acheteur indépendant ou ne sont pas revendus en l'état où ils ont été importés, sur toute autre base raisonnable* »¹¹²⁹. Ainsi, en principe, en cas d'exportations par l'intermédiaire d'un importateur lié¹¹³⁰, le prix à l'exportation est construit. Ceci permet d'appréhender le *dumping occulte*, définit comme « *la vente par un importateur à un prix inférieur à celui qui correspond au prix facturé par un exportateur avec lequel l'importateur est associé, et inférieur également au prix pratiqué dans le pays exportateur* »¹¹³¹.

¹¹²⁶ Article 2, paragraphe 8, du règlement de base.

¹¹²⁷ Pierre DIDIER indique que tel est le cas des transactions par échange de marchandises : « Le Code anti-dumping du cycle de l'Uruguay : impact dans la Communauté », préc. ; spéc. p. 266.

¹¹²⁸ Le prix à l'exportation ne peut être considéré comme non fiable que dans les deux cas visés par les règlements de base adoptés depuis 1994, la troisième circonstance envisagée par le règlement de base antérieur ayant été supprimée – *i.e.* la construction du prix à l'exportation lorsque, « *pour d'autres raisons, le prix réellement payé ou à payer pour le produit vendu à l'exportation vers la Communauté ne peut servir de référence* » (article 2, paragraphe 8, b), du règlement (CEE) n° 2423/88, préc.). La conformité de cette circonstance « *au regard du Code était douteuse* » (Pierre DIDIER, *Les principaux accords de l'OMC et leur transposition dans la Communauté européenne*, *op. cit.* ; ici p. 34).

¹¹²⁹ Article 2, paragraphe 9, alinéa 1^{er}, du règlement de base ; *v.*, également, article 2.3 du Code antidumping.

¹¹³⁰ La Commission considère généralement que les exportateurs et les importateurs sont liés lorsqu'il existe entre eux des liens différents de ceux existant normalement dans une relation acheteur/vendeur à arme égale, tel qu'un contrôle substantiel de l'un par l'autre (5% ou plus du capital). Ainsi, les prix facturés par des maisons mères à leurs filiales dans la Communauté sont presque invariablement considérés comme non fiables : *v.* Stefano INAMA et Edwin VERMULST, *Customs and Trade Laws of the European Community*, Londres, Kluwer Law International, European Business Law & Practice Series, 1999, 352 p. ; spéc. p. 237.

¹¹³¹ Note interprétative 1 au paragraphe 1 de l'article VI du GATT. *V. supra* note de bas de page n° 294

307. Hors des deux circonstances de non fiabilité du prix à l'exportation que sont l'existence d'une association ou d'un arrangement de compensation, les institutions sont tenues, dès lors qu'un prix à l'exportation existe, de se baser sur celui-ci¹¹³². Mais l'existence d'une association ou d'un arrangement n'implique pas nécessairement la non fiabilité du prix à l'exportation. Nonobstant l'existence d'un lien, le prix à l'exportation peut être fiable. La présomption de non fiabilité n'est pas irréfragable¹¹³³.

L'existence d'une association ou d'un arrangement peut être simplement déduite, et non prouvée¹¹³⁴. Ainsi, des ventes à pertes par les importateurs sur le marché communautaire, constantes et systématiques, permettent de déduire, par présomption, l'existence de liens entre ces derniers et le producteur-exportateur, autorisant ainsi la mise à l'écart du prix pratiqué entre eux et le recours au prix construit. Le niveau bas, puisqu'à perte, du prix en aval, discrédite le prix en amont indiqué par l'exportateur et justifie que ce dernier prix soit reconstruit en partant du prix en aval à perte¹¹³⁵.

¹¹³² TPICE, 21 novembre 2002, *Kundan et Tata*, préc. (pt 49).

¹¹³³ Ainsi, par exemple, le prix réellement payé fut utilisé par la Commission dans le cas des ventes par un producteur letton à un client, dans la Communauté, qui détenait une faible participation dans la société lettone (moins de 5%), parce que « *la comparaison des conditions applicables à ces exportations avec celles applicables aux exportations effectuées auprès de clients indépendants [avait] démontré que les premières étaient tout à fait normales* » : règlement (CE) n° 1742/98 de la Commission, du 5 août 1998, instituant un droit antidumping provisoire sur les importations de panneaux durs originaires du Brésil, de Bulgarie, d'Estonie, de Lettonie, de Lituanie, de Pologne et de Russie et portant acceptation d'engagements offerts par certains exportateurs en liaison avec ces exportations, *JOCE* L 218, 6 août 1998, p. 16 (paragraphe 55).

¹¹³⁴ Cette possibilité de déduction a été reconnue par le Tribunal dans les affaires *Miwon et Kundan et Tata* : TPICE, 30 mars 2000, *Miwon Co. Ltd c/ Conseil*, aff. T-51/96, *Rec.* p. II-1841, et 21 novembre 2002, *Kundan Industries Ltd et Tata International Ltd c/ Conseil*, aff. T-88/98, *Rec.* p. II-4897. Faute de pourvoi contre l'un et l'autre de ces deux arrêts, l'appréciation du TPICE n'a pas été soumise à l'examen de la Cour de justice.

¹¹³⁵ La méthode déductive adoptée par les institutions fut approuvée par le Tribunal dans l'affaire *Miwon* s'agissant de l'article 2, paragraphe 9, du règlement de base (CE) n° 2423/88, et endossée par lui dans l'affaire *Kundan et Tata* à propos de la disposition correspondante du règlement de base (CE) n° 394/96. Dans l'affaire *Miwon*, le Conseil avait construit le prix à l'exportation en raison de l'existence de circonstances plaçant « *fortement en faveur de l'existence d'arrangements de compensation et de la non-fiabilité des prix à l'exportation* » : règlement (CE) n° 81/96 du Conseil, du 19 janvier 1996, modifiant le règlement (CEE) n° 2455/93 instituant un droit antidumping définitif sur les importations de glutamates monosodique originaire d'Indonésie, de République de Corée et de Taïwan et portant perception définitive du droit antidumping provisoire et clôturant la procédure en ce qui concerne la Thaïlande, *JOCE* L 15, 20 janvier 1996, p. 30 (paragraphe 26). Acceptant que le prix à l'exportation puisse être construit « *non seulement lorsque les institutions obtiennent la preuve de l'existence d'un arrangement de compensation, mais également lorsqu'un tel arrangement apparaît exister ou que le prix à l'exportation déclaré ne paraît pas fiable* », le Tribunal a considéré que la politique des importateurs en matière de prix permettait de déduire, faute d'explications alternatives, l'existence d'arrangements de compensation. En l'espèce, les importateurs indépendants avaient constamment et systématiquement revendu à perte ce qui, à défaut d'explications alternatives permettant de justifier une telle politique de prix autrement que par l'existence d'arrangements de compensation, constituait un indice pertinent de l'existence de ces liens (TPICE, 30 mars 2000,

Par ailleurs, le lien résultant d'une association ou d'un arrangement de compensation peut être établi non pas entre un exportateur et un importateur, mais entre un producteur et un exportateur. Dans cette situation également, l'existence d'une association ou d'un arrangement de compensation peut être déduite de la revente par l'exportateur, sur le marché européen, à un prix inférieur à celui facturé par le producteur, autrement dit de l'existence de reventes à perte¹¹³⁶.

Miwon Co. Ltd c/ Conseil, préc. ; pt 41 et pts 46 à 53). Dans ce cadre, le Tribunal considère que constituent des ventes à perte « *les ventes à des prix ne permettant pas de couvrir le prix d'achat majoré d'un montant correspondant aux frais de vente, dépenses administratives, autres frais généraux et d'une marge bénéficiaire raisonnable* » (*ibid.*, pt 46), autrement dit des ventes à prix inférieurs aux coûts totaux augmentés d'un bénéfice. La pression exercée sur les prix du marché par l'unique producteur communautaire, présentée comme une explication alternative de la politique des importateurs en matière de prix, fut, dans les circonstances de l'espèce, rejetée par le Tribunal (*ibid.*, pt 55). La circonstance que le prix de revente par les importateurs soit à perte indique la non fiabilité du prix que l'exportateur prétend avoir pratiqué à l'exportation (ce prix indiqué est supposé être supérieur au prix à l'exportation *réellement* pratiqué). Sans l'acceptation de la méthode déductive, faute de preuve d'un arrangement, le prix à l'exportation retenu n'aurait pas été celui construit à partir du prix à perte, mais le prix facturé par l'exportateur à l'importateur. Dans cette affaire, l'approche du Conseil et du Tribunal s'expliquent probablement par les circonstances particulières de l'espèce. L'arrangement présumé avait été l'instrument d'une violation des engagements de prix préalablement présentés par le producteur-exportateur Miwon et acceptés par la Commission. Les prix à l'exportation pratiqués par Miwon respectaient formellement l'engagement de prix, mais le fait que les importateurs revendaient à perte dans la Communauté indiquait que ces prix à l'exportation camouflaient des arrangements de compensation.

¹¹³⁶ L'approche déductive validée à propos d'une application du règlement de base (CE) n° 2423/88 a été confirmée dans une affaire où, sous l'empire des dispositions du règlement (CE) n° 384/96, reprises dans l'actuel règlement de base, le Conseil avait écarté le prix pratiqué entre le producteur et l'exportateur au motif que ce prix n'était pas fiable en raison de l'existence d'une association ou d'un arrangement de compensation entre ces deux sociétés (indiennes). Il avait, par conséquent, construit le prix à l'exportation à partir du prix pratiqué par l'exportateur à l'égard du premier client indépendant dans la Communauté (règlement (CE) n° 393/98 du Conseil, du 16 février 1998, instituant un droit antidumping définitif sur les importations d'éléments de fixation en acier inoxydable et de leurs parties originaires de la République populaire de Chine, d'Inde, de la République de Corée, de Malaisie, de Taïwan et de Thaïlande, *JOCE* L 50, 20 février 1998, p. 1 ; paragraphe 29). La non-fiabilité du prix à l'exportation résultait du fait que le prix facturé par le producteur à l'exportateur était supérieur au prix pratiqué par l'exportateur sur le marché communautaire et que « *par conséquent, [ce premier prix] ne pouvait pas correspondre à la réalité économique* » (TPICE, 21 novembre 2002, *Kundan Industries Ltd et Tata International Ltd c/ Conseil*, préc. (pt 59), Kundan étant le producteur, et Tata l'exportateur. Cette infériorité du prix de vente de l'exportateur par rapport à son prix d'achat au producteur constituait un indice de la non-fiabilité des prix pratiqués par le producteur envers l'exportateur, que le premier prétendait être le « *prix à l'exportation* » au sens du règlement de base. La politique de prix de l'exportateur s'expliquait par le fait qu'il bénéficiait de crédits de droits à l'importation octroyés dans le cadre d'un régime de ristournes des droits de douane indiens appelé *Passbook*, ce qui compensait la différence entre le prix d'achat et le prix de vente. Cette justification ne permettait pas, cependant, de rendre fiable le prix à l'exportation, en raison de l'existence d'un accord de répartition du crédit de droits à l'importation, affectant le prix payé par l'exportateur au producteur. Cet accord permettait d'augmenter le prix à l'exportation réel pratiqué, réduisant ainsi une éventuelle marge de dumping (*ibid.* ; pt 82). Bien que réellement pratiqué, ce prix était économiquement faussé par l'arrangement de compensation. La solution approuvée par le Tribunal permet de neutraliser cette pratique. Mais

308. En autorisant le recours à la construction du prix à l'exportation lorsque l'exportateur ou l'importateur revend à perte, et en retenant un seuil à *perte* élevé puisque correspondant aux coûts totaux moyens augmentés d'un bénéfice raisonnable (CTMAMBR), la jurisprudence paraît créer un cas de mise à l'écart du prix à l'exportation réel non explicitement prévu – la revente à *perte* par l'exportateur ou l'importateur. Une telle revente à *perte* rend non fiable, autrement dit anormale, l'opération amont de vente pour l'exportation par le producteur ou l'exportateur. Les caractères constant et général que doivent réunir les ventes à *pertes* prises en considération semblent exclure toute conclusion de non-fiabilité du prix à l'exportation lorsque ces ventes ne sont qu'occasionnelles¹¹³⁷. Ils limitent, ainsi, les effets potentiellement néfastes que cette jurisprudence, en autorisant le recours à une construction du prix à l'exportation généralement déflationniste, peut produire sur la marge de dumping. Par suite, si ce traitement des ventes à *perte* constitue une occasion de minoration du prix à l'exportation, cet éventuel biais protectionniste paraît limité.

3° Les occasions de minoration dans la construction du prix à l'exportation

309. En cas de non fiabilité du prix à l'exportation réel, le prix à l'exportation doit être construit. Ni le droit de l'OMC, ni le règlement de base ne prévoient l'utilisation du prix à l'exportation vers un pays tiers. Le recours à un tel prix par le Conseil dans

elle autorise aussi la construction du prix à l'exportation à partir du prix pratiqué par l'exportateur sur le marché communautaire, en l'espèce sans l'ajuster pour tenir compte des crédits de droits à l'importation, pourtant susceptibles de réduire le prix à l'exportation construit (v. paragraphe 36 du règlement (CE) n° 393/98 du Conseil, préc., et, surtout, le paragraphe 42 du règlement (CE) n° 1732/97 de la Commission, du 4 septembre 1997, instituant un droit antidumping provisoire sur les importations d'éléments de fixation en aciers inoxydables et de leurs parties originaires de république populaire de Chine, d'Inde, de Malaysia, et république de Corée, de T'ai-wan et de Thaïlande, *JOCE* L 243, 5 septembre 1997, p. 17). Cette solution conduit, ainsi, à une augmentation de la marge de dumping. Il n'est donc pas exclu que, dans cette affaire, les *facilités* jurisprudentielles pour écarter un prix à l'exportation réel, au motif de sa non-fiabilité en raison de l'arrangement, aient pu faciliter une exagération de la marge de dumping.

¹¹³⁷ Les caractères constant et général que doivent réunir les ventes à *pertes* prises en considération excluent certainement toute conclusion de l'existence du lien recherché lorsque ces ventes ne sont qu'occasionnelles : v. TPICE, 30 mars 2000, *Miwon Co. Ltd c/ Conseil*, préc. ; arguments de la société Niwon et réponses du Tribunal, respectivement au pt 22 et aux pts 48 à 50.

l'affaire des *feuilles en PET originaires d'Inde* l'a exposé à la censure du Tribunal¹¹³⁸.

Lorsque le prix à l'exportation est construit, le point de départ est, en principe, le « *prix auquel les produits importés sont revendus pour la première fois à un acheteur indépendant* »¹¹³⁹. L'opération de construction du prix à l'exportation consiste à déduire de ce prix « *tous les frais, y compris les droits et taxes, intervenus entre l'importation et la revente* » ainsi qu' « *une marge bénéficiaire* », afin d'établir « *un prix à l'exportation fiable au niveau frontière communautaire* »¹¹⁴⁰. Ces frais incluent ceux « *normalement supportés* » par un importateur, mais qui auraient été payés par toute autre personne liée à l'exportateur ou à l'importateur¹¹⁴¹. Il s'agit notamment des frais de transport, d'assurance, de manutention, de déchargement, des droits de douanes et autres taxes payables dans le pays importateur.

L'application de la notion de *frais normalement supportés* offre des occasions de minoration du prix à l'exportation. Le risque de déductions excessives réside particulièrement dans la soustraction, au titre de ces frais, d' « *une marge raisonnable pour les frais de vente, les dépenses administratives et autres frais généraux et le*

¹¹³⁸ TPICE, 17 novembre 2009, *MTZ Polyfilms Ltd c/ Conseil*, aff. T-143/06, *Rec.* p. II-4133. Dans le cadre d'un réexamen intermédiaire partiel de mesures antidumping (droits et engagements de prix), le Conseil, afin de déterminer le prix à l'exportation, était confronté à la question de la fiabilité des prix à l'exportation pratiqués par des producteurs dont les engagements d'exportation à des prix minimaux à l'importation (ci-après « PMI ») avaient été acceptés. Il avait considéré que, lorsque les prix à l'exportation « *étaient, en moyenne, largement supérieurs* » aux PMI, ces prix avaient été établis de manière indépendante de ces derniers et que, par conséquent, ils étaient fiables. En revanche, lorsque les prix à l'exportation « *n'étaient, en moyenne, pas suffisamment supérieurs [aux PMI], tout en étant largement supérieurs aux prix pratiqués à l'exportation vers des pays tiers* », il a considéré qu'ils étaient influencés par les engagements et, par suite, qu'ils n'étaient pas suffisamment fiables (règlement (CE) n° 366/2006 du Conseil, du 27 février 2006, modifiant le règlement (CE) n° 1676/2001 instituant un droit antidumping définitif sur les importations de feuilles en polyéthylène téréphtalate (PET) originaires, entre autres, de l'Inde, *JOUE* L 6, 8 mars 2006, p. 6 (paragraphe 28). V., également, TPICE, 17 novembre 2009, *MTZ Polyfilms Ltd c/ Conseil*, préc. ; pt 12). Dès lors, le Conseil a établi le prix à l'exportation « *sur la base des prix réellement payés ou à payer lors de ventes vers d'autres pays tiers* » (règlement (CE) n° 366/2006, préc. ; paragraphe 31). Le Conseil présentait son approche comme dictée par l'exigence, dans le cadre d'une enquête de réexamen intermédiaire (régie par l'article 11, paragraphe 3, du règlement de base), d'examiner si les niveaux de dumping ont durablement changé et, par conséquent, d'effectuer une analyse prospective des prix pratiqués par les exportateurs en cause. Si les prix à l'exportation sont dictés par les PMI, ils ne donnent pas une indication fiable sur leur évolution probable à l'avenir, contrairement aux prix des ventes effectuées par les producteurs concernés dans des pays tiers. Mais, en retenant ces prix inférieurs aux prix réels à l'exportation vers la Communauté, la marge de dumping s'en trouvait augmentée. Le Tribunal a condamné l'approche suivie par le Conseil en jugeant le règlement attaqué adopté sur le fondement d'une base juridique erronée, ce qui lui a permis d'éviter la question, soulevée par la requérante, de la compatibilité de l'approche du Conseil avec le Code antidumping.

¹¹³⁹ Article 2, paragraphe 9, alinéa 1^{er}, du règlement de base.

¹¹⁴⁰ Article 2, paragraphe 9, alinéa 2, du règlement de base.

¹¹⁴¹ Article 2, paragraphe 9, alinéa 3, du règlement de base.

bénéfice »¹¹⁴². Contrairement aux autres coûts, tels que les frais de transport et d'assurance qui sont objectivement mesurables, l'évaluation de ces *frais normalement supportés* implique l'allocation aux marchandises concernées d'une partie des frais globaux de l'entreprise considérée. Quant à la marge bénéficiaire de l'importateur, elle peut être évaluée par référence à celle appliquée par les importateurs indépendants (non liés à l'exportateur). L'application de marges bénéficiaires théoriques, supérieures à celles qui seraient réellement pratiquées, est susceptible de conduire à des minorations biaisées du prix à l'exportation. Par suite, la construction du prix à l'exportation tendrait à générer des marges de dumping supérieures à celles obtenues avec le prix réel¹¹⁴³.

310. Lorsqu'il s'avère impossible de construire le prix à l'exportation en partant du « *prix auquel les produits importés sont revendus pour la première fois à un acheteur indépendant* », parce qu'ils « *ne sont pas revendus à un acheteur indépendant ou ne sont pas revendus dans l'état où ils sont importés* »¹¹⁴⁴, ou parce qu'il n'y a pas ou trop peu de ventes à l'exportation vers l'Union pendant la période d'enquête¹¹⁴⁵, le prix à l'exportation est établi sur « *toute autre base raisonnable* »¹¹⁴⁶. Ce peut être le

¹¹⁴² *Ibid.*

¹¹⁴³ Le taux de la marge appliquée varierait entre 3 et 12,7% et se situerait dans une moyenne de 5-6% (d'après Stefano INAMA et Edwin VERMULST, *Customs and Trade Laws of the European Community*, *op. cit.* ; spéc. p. 239), ou entre 2,8 et 12% avec une moyenne autour de 5% (d'après Ivo VAN BAEL et Jean-François BELLIS, *Anti-Dumping and other Trade Protection Laws of the EC*, 4^{ème} éd., The Hague, Kluwer Law International, 2004, 795 p. ; spéc. p. 97-98 ; et *EU Anti-Dumping and Other Trade Defence Instruments*, 5^{ème} éd., *op. cit.* ; spéc. p. 101-102).

Selon Pierre DIDIER, la construction du prix à l'exportation permettrait « *souvent l'utilisation de formules aboutissant à la réduction arbitraire des prix, tels que l'utilisation de profits théoriques élevés* » : « Le Code anti-dumping du cycle de l'Uruguay : impact dans la Communauté », préc. ; spéc. p. 267. Ivo VAN BAEL et Jean-François BELLIS estiment que la construction du prix à l'exportation tend à mener à des marges de dumping supérieures à celles obtenues avec le prix réel, notamment en raison de l'imputation de marges bénéficiaires raisonnables souvent supérieures aux marges de bénéfices réelles. À cette occasion, ainsi que pour l'allocation d'une partie des frais généraux, le large pouvoir discrétionnaire des institutions rendrait en pratique difficile pour des exportateurs d'échapper au constat d'une marge de dumping et, ainsi, offrirait des occasions d'appréciations protectionnistes dans la détermination du prix à l'exportation (*Anti-Dumping and other Trade Protection Laws of the EC*, 4^{ème} éd., *op. cit.* ; spéc. p. 97-98 ; et *EU Anti-Dumping and Other Trade Defence Instruments*, 5^{ème} éd., *op. cit.* ; spéc. p. 101-102).

¹¹⁴⁴ Article 2, paragraphe 9, alinéa 1^{er}, du règlement de base.

¹¹⁴⁵ V. règlement (CE) n° 238/2008 du Conseil, du 10 mars 2008, clôturant le réexamen intermédiaire partiel, effectué au titre de l'article 11, paragraphe 3, du règlement (CE) n° 384/96, du droit antidumping institué sur les importations de solutions d'urée et de nitrate d'ammonium originaires de Russie, *JOUE* L 75, 18 mars 2008, p. 14 (paragraphe 13) ; règlement (CE) n° 1256/2008 du Conseil, du 16 décembre 2008, instituant un droit antidumping définitif sur les importations de certains tubes et tuyaux soudés, en fer ou en acier non allié, originaires du Belarus, de la République populaire de Chine et de Russie, notamment, *JOUE* L 343, 19 décembre 2008, p. 1 (paragraphe 40 et 182).

¹¹⁴⁶ Article 2, paragraphe 9, alinéa 1^{er}, du règlement de base.

prix à l'exportation du producteur-exportateur concerné vers un autre marché à l'exportation¹¹⁴⁷, ou la moyenne pondérée des prix à l'exportation vers l'Union de l'ensemble des producteurs-exportateurs ayant coopéré dans tous les pays tiers concernés par l'enquête¹¹⁴⁸. Cet espace de souplesse, nécessaire pour couvrir des situations particulières, est aussi une occasion d'appréciations défavorables aux producteurs-exportateurs. Les risques de biais protectionnistes semblent, à cet égard, limités par la rareté, en pratique, du recours à de telles « *autres bases raisonnables* ».

*

311. Puisque la mesure par laquelle le prix à l'exportation sous-cote la valeur normale constitue la marge de dumping, plus la valeur normale établie est élevée et le prix à l'exportation déterminé est faible, et plus devient fréquent le constat d'une marge de dumping ou s'avère importante l'ampleur de cette dernière. Corrélativement, plus fréquente ou importante est la réaction antidumping adoptée (si les autres conditions à cette fin sont vérifiées).

Aux possibilités d'élévation de la valeur normale et aux risques de minoration du prix à l'exportation, s'ajoutent des situations et occasions de biais protectionnistes lors de la comparaison de ces deux valeurs, de laquelle résulte la marge de dumping. Ici également, des biais favorisent soit la constatation de l'existence d'un dumping, soit l'augmentation de la marge de dumping.

§ II. Les biais dans la comparaison des valeurs déterminées

312. Au stade de la comparaison de la valeur normale et du prix à l'exportation, des occasions et situations de biais protectionnistes surgissent, d'une part, lors des ajustements à effectuer sur ces valeurs afin de rendre leur comparaison équitable (**A.**) et, d'autre part, au moment du calcul de la marge de dumping (**B.**). En effet, les règles

¹¹⁴⁷ V. règlement (CE) n° 238/2008 du Conseil, préc. (paragraphe 13-17 et 43-45). Cette méthode de détermination du prix à l'exportation n'est pas remise en cause par l'arrêt du Tribunal dans l'affaire *MTZ Polyfilms*. Il y a censuré la méthode d'appréciation de la fiabilité des prix conduisant à recourir à une « *autre base raisonnable* », et non pas le recours au prix à l'exportation vers d'autres pays tiers : TPICE, 17 novembre 2009, *MTZ Polyfilms Ltd c/ Conseil*, préc. (pts 38 à 52).

¹¹⁴⁸ V. règlement (CE) n° 1256/2008 du Conseil, préc. (paragraphe 191-192) : choix motivé par l'impossibilité de recourir aux prix à l'exportation vers d'autres pays tiers et par l'idée que les exportations des concurrents directs du producteur/exportateur en cause devraient avoir une structure de prix non significativement différente.

d'ajustement et de calcul adoptées, et la manière dont elles sont mises en œuvre, influent sur le constat d'une marge de dumping et/ou sur l'exagération de son ampleur.

A. Les risques d'insuffisances des ajustements nécessaires à l'équité de la comparaison

313. En matière de comparaison du prix à l'exportation à la valeur normale, une exigence générale d'équité doit permettre d'éviter l'établissement d'une marge de dumping artificielle ou exagérée. Afin de rendre la comparaison équitable, des ajustements de la valeur normale et/ou du prix à l'exportation peuvent s'avérer nécessaires. Tant les conditions communes à l'application de tous les ajustements (2°), que les conditions spécifiques à la mise en œuvre de certains d'entre eux (3°), exercent une incidence sur la manière dont la comparaison sera effectuée et, par suite, sur la constatation d'éventuels biais protectionnistes dans le processus de comparaison. L'importance d'une comparaison équitable doit préalablement être soulignée (1°).

1° L'importance d'une comparaison équitable entre prix à l'exportation et valeur normale

314. Ainsi que la Cour de justice l'a résumé, « *le prix à l'exportation et la valeur normale constituent les termes de la comparaison permettant d'établir la marge de dumping* »¹¹⁴⁹. Selon les cas, des ajustements de la valeur normale et du prix à l'exportation préalablement déterminés sont nécessaires pour rendre équitable la comparaison de ces deux termes.

Une obligation générale de comparaison équitable, déjà envisagée en 1995 par un Groupe spécial du GATT de 1947¹¹⁵⁰, a été consacrée en 2001 par l'Organe d'appel

¹¹⁴⁹ CJCE, 7 mai 1987, *Nachi Fujikoshi Corporation c/ Conseil*, aff. 255/84, *Rec.* p. 1861 (pt 11).

¹¹⁵⁰ Rapport du Groupe spécial *Communautés Européennes – Droits antidumping sur les bandes audio en cassettes originaires du Japon* (ci-après « *CE – cassettes audio* »), 28 avril 1995, ADP/136 : le Groupe spécial avait évité de se prononcer sur l'existence d'une obligation de comparaison équitable ; mais l'objectif de comparaison équitable l'avait guidé dans son interprétation des dispositions du Code antidumping. Soulignant que « *l'un des objectifs des règles concernant la comparaison [...] était de faire en sorte que la comparaison entre le prix à l'exportation et la valeur normale soit équitable* », le Groupe spécial avait cependant estimé qu'il n'était pas nécessaire qu'il se prononce sur la question de savoir « *si les dispositions de l'article 2 créaient ou non une obligation indépendante de comparaison équitable* » (paragraphe 374).

de l'ORD dans l'affaire *CE – Linge de lit*¹¹⁵¹. L'équité de la comparaison est primordiale afin d'éviter des calculs de marges de dumping artificielles ou exagérées. Or, le « *problème des ajustements nécessaires pour rendre la comparaison équitable est l'un des plus délicats de la matière* » antidumping¹¹⁵². L'objectif en matière d'ajustements est de « *rétablir la symétrie entre la valeur normale et le prix à l'exportation* ». Ainsi, « *si l'ajustement n'a pas été valablement opéré, cela implique qu'il a créé une asymétrie entre la valeur normale et le prix à l'exportation* »¹¹⁵³.

Afin d'être équitable, la comparaison doit avoir lieu « *au même niveau commercial, pour des ventes effectuées à des dates aussi proches que possible et en tenant compte d'autres différences qui affectent la comparabilité des prix* »¹¹⁵⁴. Le règlement de base reprend, ainsi, les exigences énoncées par le Code antidumping relatives à la proximité temporelle¹¹⁵⁵ et à la prise en compte des différences affectant la comparabilité des prix.

Cependant, à propos de l'exigence d'identité de niveau commercial, contrairement au Code qui indique explicitement que ce niveau commercial « *sera normalement le stade sortie usine* »¹¹⁵⁶, le règlement de base n'exprime aucune préférence pour un

¹¹⁵¹ Il a reconnu que « [l']article 2.4 énonce l'obligation générale d'établir une "comparaison équitable" entre le prix à l'exportation et la valeur normale » et que cette « obligation générale éclaire l'ensemble de l'article 2 » : rapport de l'Organe d'appel *Communautés européennes – Droits antidumping sur les importations de linge de lit en coton en provenance d'Inde* (ci-après « *CE – Linge de lit* »), 1^{er} mars 2001, WT/DS141/AB/R (paragraphe 59).

¹¹⁵² Pierre DIDIER, « Le Code anti-dumping du cycle de l'Uruguay : impact dans la Communauté », préc. ; spéc. p. 268, et *WTO Trade Instruments in EU Law*, Londres, Cameron May, International Trade Law (coll.), 1999, 844 p. ; spéc. p. 44.

¹¹⁵³ TPICE, 10 mars 2009, *Interpipe Niko Tube ZAT et Interpipe NTRP VAT c/ Conseil*, T-249/06, Rec. p. II-383 (pts 194 et 195) ; TPICE, 23 septembre 2009, *Dongguan Nanzha Leco Stationery Mfg. Co. Ltd c/ Conseil*, aff. T-296/06, préc. (pt 42).

¹¹⁵⁴ Article 2, paragraphe 10, du règlement de base.

¹¹⁵⁵ Mais ni le Code antidumping, ni le règlement de base ne contiennent de précision relativement à cette exigence : la pratique des institutions est de comparer valeur normale et prix à l'exportation pendant la période d'enquête retenue au début de la procédure (v. Ivo VAN BAEL et Jean-François BELLIS, *EU Anti-Dumping and Other Trade Instruments*, 5^{ème} éd., op. cit. ; spéc. p. 105).

¹¹⁵⁶ Article 2.4 du Code antidumping 1994, identique à cet égard aux deux précédents Codes, s'agissant de la proximité temporelle des ventes comparées et de la préférence pour le stade sortie usine. Les Codes explicitent une exigence énoncée par l'article VI:1 du GATT dans les termes suivants : « *Il sera dûment tenu compte, dans chaque cas, des différences dans les conditions de ventes, des différences de taxation et des autres différences affectant la comparabilité des prix* ».

stade commercial particulier¹¹⁵⁷. Nonobstant ce silence de la législation européenne, la pratique des institutions est d'effectuer la comparaison au stade sortie usine¹¹⁵⁸.

Par ailleurs, Code antidumping et règlement de base stipulent que les ajustements ne doivent pas être répétés. Une répétition est en effet possible puisque certains ajustements peuvent être opérés aux stades respectifs de détermination de la valeur normale et d'établissement du prix à l'exportation¹¹⁵⁹, et que, par ailleurs, certains facteurs peuvent se chevaucher¹¹⁶⁰.

315. L'importance des ajustements nécessaires à une comparaison véritablement équitable apparaît dans la situation asymétrique qui résulte de la pratique consistant à déterminer le prix à l'exportation réel ou construit au niveau de la première vente en vue de l'exportation (niveau *économique* de la sortie usine) et la valeur normale réelle ou construite au niveau des ventes domestiques à des clients indépendants (niveau *juridique* de la sortie usine)¹¹⁶¹. Faute d'ajustements, une telle asymétrie des valeurs comparées fait apparaître un dumping ne correspondant à aucune réalité économique, notamment lorsque la vente domestique à un client indépendant intervient à un stade plus aval de la chaîne de distribution. Il n'est pas rare, en effet, qu'un producteur vende à l'exportation à des exportateurs indépendants¹¹⁶² et qu'il commercialise sur son marché domestique *via* son propre réseau de distribution, le premier client indépendant étant alors le consommateur final. À défaut d'ajustements permettant de tenir compte de cette différence, le biais qui apparaîtrait dans la détermination du

¹¹⁵⁷ Contrairement aux dispositions correspondantes des trois premiers règlements de base, les règlements (CEE) n° 459/68, (CEE) n° 3017/79 et (CEE) n° 2174/84, indiquaient qu'il devait s'agir du stade sortie usine.

¹¹⁵⁸ V., pour un exemple récent, règlement d'exécution (UE) n° 1294/2009 du Conseil du 22 décembre 2009 instituant un droit antidumping définitif sur les importations de certaines chaussures à dessus en cuir originaires du Viêt Nam et de la République populaire de Chine, *JOUE* L 352, 30 décembre 2009, p. 1 (paragraphe 119).

¹¹⁵⁹ Risque de double déduction/ajustement qui apparaît, par exemple, dans l'affaire *Descom Scales*, concernant les importations de balances électroniques : TPICE, 14 septembre 1995, *Descom Scales Manufacturing Co. Ltd c/ Conseil*, aff. T-171/94, *Rec.* p. II-2413 ; règlement (CEE) n° 2887/93 du Conseil, du 20 octobre 1993, imposant un droit antidumping définitif sur les importations de certaines balances électroniques originaires de Singapour et de la république de Corée, *JOCE* L 263, 22 octobre 1993, p. 1.

¹¹⁶⁰ Ce qu'envisage la note n° 7 du Code antidumping en indiquant : « *Il est entendu que certains de ces facteurs peuvent chevaucher, et les autorités feront en sorte de ne pas répéter des ajustements qui auront déjà été opérés au titre de cette disposition* ».

¹¹⁶¹ Ce problème est remarquablement expliqué par Pierre DIDIER, *WTO Trade Instruments in EU Law*, préc. ; spéc. p. 47.

¹¹⁶² Si l'exportateur est lié, la situation est inchangée puisque le prix à l'exportation réel est écarté et que le prix est construit au niveau économique de la sortie d'usine.

dumping transformerait une action prétendument concernée par une pratique déloyale en intervention publique déloyale¹¹⁶³.

316. Plusieurs ajustements, auxquels l'équité de la comparaison commande de procéder selon les circonstances de chaque espèce, sont envisagés dans le Code antidumping¹¹⁶⁴ et visés dans le règlement de base. La liste d'ajustements de ce dernier n'est plus exhaustive depuis l'ajout, fin 1996¹¹⁶⁵, d'une disposition prévoyant la possibilité d'ajustements au titre des différences relatives à d' « *autres facteurs* » que ceux énumérés¹¹⁶⁶.

Des ajustements peuvent être effectués pour tenir compte des différences dans les caractéristiques physiques, dans les rabais, remises et quantités, dans les coûts de transport, comprenant, outre le transport lui-même, les frais d'assurance, de manutention, de chargement et les coûts accessoires. Sont également prévus des ajustements pour différences dans les coûts d'emballage, dans les coûts de crédit, dans les coûts après-vente et dans les commissions versées. La valeur normale peut aussi être ajustée lorsque des impositions à l'importation et/ou des impôts indirects sont perçus sur le produit et/ou les matériaux qui y sont physiquement incorporés lorsque le produit est destiné à être consommé dans le pays exportateur, mais ne sont pas payés ou sont remboursés lorsqu'il est exporté dans l'Union¹¹⁶⁷. Enfin et surtout,

¹¹⁶³ La circonstance que le mot anglais *fair*, utilisé par le Code antidumping dans l'expression *fair comparison* (*comparaison équitable*), signifie à la fois équitable et loyal (comme dans l'expression *fair competition*) illustre la proximité des concepts d'équité et de loyauté.

¹¹⁶⁴ À l'article 2.4, dans l'exigence de prise en compte « *des différences affectant la comparabilité des prix, y compris des différences dans les conditions de vente, dans la taxation, dans les niveaux commerciaux, dans les quantités et les caractéristiques physiques et toutes autres différences dont il est aussi démontré qu'elles affectent la comparabilité des prix* ».

¹¹⁶⁵ Règlement (CE) n° 2331/96 du Conseil, du 2 décembre 1996, modifiant le règlement (CE) n° 384/96 relatif à la défense contre les importations qui font l'objet d'un dumping de la part de pays non membres de la Communauté européenne, *JOCE* L 317, 6 décembre 1996, p. 1. Le considérant n° 2 de ce règlement est explicite s'agissant de l'abandon du caractère exhaustif : « *considérant que l'article 2 paragraphe 10 du règlement (CE) n° 384/96 prévoit qu'un nombre limité d'ajustements peuvent être opérés sur la valeur normale et le prix à l'exportation préalablement à leur comparaison pour déterminer l'existence d'un dumping ; que, comme il est concevable que des différences au niveau des frais de ventes, autres que celles qui sont énumérées dans le règlement précité, puissent, dans certaines circonstances, affecter la comparabilité des prix, il est prudent d'ôter à cette disposition son caractère limitatif pour ce qui concerne les ajustements* ». La proposition de règlement (COM(96) 145 final) utilisait le mot *raisonnable*, en lieu et place de *prudent*, ce qui suggérait qu'il serait logique d'opérer de tels ajustements. En outre, elle mentionnait la publicité comme exemple de frais pouvant faire l'objet d'un ajustement.

¹¹⁶⁶ Ajout effectué suite au rapport d'un groupe spécial du GATT dans l'affaire des *cassettes audio du Japon*, condamnant le caractère exhaustif de la liste communautaire alors en vigueur.

¹¹⁶⁷ L'objectif de cet ajustement « *serait d'éviter que la différence entre le prix de vente sur le marché intérieur (taxes indirectes et droits à l'importation compris) et le prix à l'exportation plus bas, net de*

un ajustement peut être opéré au titre des différences de stades commerciaux. Par ailleurs, la comparaison peut nécessiter une conversion de monnaies¹¹⁶⁸.

Tandis que les ajustements pour différences de niveaux de commerce, de caractéristiques physiques et d'impositions indirectes portent sur la valeur normale, et que la conversion de monnaies n'est pertinente que s'agissant du prix à l'exportation, les autres ajustements sont effectués sur les deux termes à comparer¹¹⁶⁹.

Au titre des « *autres facteurs* », des ajustements peuvent être effectués pour tenir compte des différences en ce qui concerne les frais de vente indirects et les bénéfices associés aux activités de vente. À cet égard, la différence ne doit pas concerner le montant des bénéfices *en général*, laquelle constitue la mesure de l'existence d'une discrimination dans les prix (autrement dit du dumping) lorsque les coûts sont identiques entre le marché domestique et le marché d'exportation (dans la conception du dumping comme subvention aux exportations), mais le montant des seuls bénéfices *liés* aux différences dans les fonctions des vendeurs sur les deux marchés concernés, autrement dit des bénéfices liés aux fonctions additionnelles qu'un vendeur accomplit sur un premier marché par rapport à un second marché.

317. Une adéquate motivation de la décision prise par l'institution concernée à propos d'un ajustement opéré contribue à rendre effective l'obligation de comparaison équitable, comme l'a récemment montré un arrêt du Tribunal. Le requérant, producteur-exportateur visé par un règlement du Conseil instituant un droit antidumping définitif, contestait l'ajustement effectué par le Conseil sur le prix à l'exportation « *au titre des différences dans les commissions* »¹¹⁷⁰ (cet ajustement diminuait le prix à l'exportation). Le Tribunal constate que l'appréciation ayant

ces droits et taxes indirectes, ne soit considérée comme constitutive d'une pratique de dumping » : TPICE, 12 octobre 1999, *Acme Industry c/ Conseil*, aff. T-48/96, *Rec.* p. II-3089 (pt 126).

¹¹⁶⁸ Présentée par le règlement de base comme un facteur au titre duquel un ajustement pour différence affectant la comparabilité des prix peut être opéré (article 2, paragraphe 10, j)), la conversion de monnaies ne semble pas ainsi catégorisée par le Code antidumping. D'ailleurs, les règles relatives à cet aspect ne portent pas les conditions d'un ajustement, mais sur la manière d'effectuer la conversion de monnaie lorsque la vente à l'exportation n'est pas effectuée dans la monnaie du pays d'exportation. Dans un tel cas, la comparaison implique nécessairement de convertir le prix à l'exportation en monnaie locale (article 2.4.1. du Code antidumping).

¹¹⁶⁹ Pierre DIDIER, *Les principaux accords de l'OMC et leur transposition dans la Communauté européenne*, *op. cit.* ; spéc. p. 46.

¹¹⁷⁰ Article 2, paragraphe 10, i), du règlement de base.

permis au Conseil d'effectuer cet ajustement est entachée d'un défaut de motivation¹¹⁷¹.

2° L'incidence des conditions communes à tous les ajustements

318. Un ajustement ne peut être effectué que si la différence considérée affecte la *comparabilité des prix*. Cette condition est « *logique car si une différence (de caractéristiques physiques, de crédit, etc.) n'affecte pas les prix, il n'y a pas de raison d'en tenir compte* »¹¹⁷². Cependant, cette exigence générale en matière d'ajustements pose problème lorsque le produit exporté n'est pas vendu sur le marché du pays exportateur. Dans un tel cas, l'éventuel effet de la différence en cause sur les prix ne peut pas être constaté. Le sort de l'ajustement dépendrait alors du bon vouloir des autorités, ce qui introduirait un élément de subjectivité potentiellement facteur de biais protectionnistes¹¹⁷³.

À cette première condition d'affectation de la comparabilité des prix prévue par le Code antidumping, le règlement de base ajoute l'obligation d'évaluer l'*affectation des prix*. Ainsi, l'ampleur dont les prix sont affectés par la différence en cause doit être mesurée. Quantifier la différence de coûts ne suffit pas. Or, si cette dernière quantification pourrait assez aisément être effectuée par le producteur-exportateur, en revanche, l'estimation de son effet sur les prix ne serait généralement pas réalisable, notamment s'agissant des différences physiques, des différences de niveau commercial et des différences de frais de publicité¹¹⁷⁴. Un ajustement pourtant légitime serait ainsi refusé.

319. Une troisième condition commune concerne la charge de la preuve relativement à l'ajustement envisagé. Elle est étroitement liée à la question de la personne à l'initiative de l'ajustement. Les solutions relatives à cette condition et à cette question

¹¹⁷¹ Trib.UE, 30 novembre 2011, *Transnational Company "Kazchrome" AO e.a. c/ Conseil et Commission*, aff. T-107/08, *Rec.* p. II-8051 (pts 31-49). Le Tribunal a annulé le règlement instituant un droit antidumping en ce qui concerne les importations du produit fabriqué par Transnational Company "Kazchrome" AO, pour cette raison, mais également pour erreur manifeste d'appréciation dans l'établissement de la marge de sous-cotation (v. *infra* n° 341).

¹¹⁷² Pierre DIDIER, *Les principaux accords de l'OMC et leur transposition dans la Communauté européenne*, préc. ; ici note n° 86, et p. 45.

¹¹⁷³ *Ibid.*

¹¹⁷⁴ V., Pierre DIDIER, *WTO Trade Instruments in EU Law*, préc. ; spéc. p. 46. Selon Pierre DIDIER, cette condition reproduirait, par ses effets, la restriction passée des ajustements aux seules différences de coûts directs (à l'exclusion des frais indirects), dès lors qu'eux seuls ont une affectation des prix mesurable puisqu'ils sont souvent déterminés dans le contrat de vente.

revêtent une importance pratique considérable et sont susceptibles de rendre l'objectif d'équité de la comparaison soit réel, soit illusoire. Logiquement, c'est celui, quel qu'il soit, qui a intérêt à obtenir un ajustement de la valeur normale et/ou du prix à l'exportation qui doit rapporter la preuve que les conditions pour l'octroi d'un tel ajustement sont réunies¹¹⁷⁵. Le règlement de base indique seulement que les ajustements doivent être effectués pour les « *différences constatées dans les facteurs dont il est revendiqué et démontré qu'ils affectent les prix et, partant, leur comparabilité* »¹¹⁷⁶. Quant au Code antidumping, il exige une attitude active des institutions : il stipule que « *les autorités indiqueront aux parties en question quels renseignements sont nécessaires pour assurer une comparaison équitable* »¹¹⁷⁷. En outre, il encadre, certes timidement, la charge de la preuve en précisant que « *la charge de la preuve [que les autorités] imposeront [aux] parties ne sera pas déraisonnable* »¹¹⁷⁸. La formulation actuelle de la législation, plus ambiguë que celle des règlements de base antérieurs à 1996 sur la question de la personne à l'initiative de l'ajustement¹¹⁷⁹, paraît admettre, au moins implicitement, la possibilité d'ajustements à l'initiative des institutions, ce qui serait conforme au Code antidumping, qui ne spécifie pas explicitement la personne qui doit démontrer qu'il y a lieu d'appliquer un ajustement.

¹¹⁷⁵ V., pour une claire affirmation de ce principe : CJUE, 16 février 2012, *Conseil et Commission c/ Interpipe Niko Tube ZAT et Interpipe NTRP VAT*, aff. jtes C-191/09 P et C-200/09 P, publié au *Recueil numérique* (pts 60-61) : « *la charge de prouver que les ajustements spécifiques énumérés à l'article 2, paragraphe 10, sous a) à k), du règlement de base doivent être opérés incombe à ceux qui souhaitent s'en prévaloir, quels qu'ils soient. Ainsi, lorsqu'un producteur revendique l'application d'un ajustement, en principe à la baisse, de la valeur normale ou, logiquement à la hausse, des prix à l'exportation, il revient à cet opérateur d'indiquer et de démontrer que les conditions pour l'octroi d'un tel ajustement sont satisfaites. À l'inverse, ainsi que l'a jugé à bon droit le Tribunal, lorsque, comme en l'espèce, le Conseil et la Commission considèrent qu'il y a lieu d'appliquer un ajustement à la baisse du prix à l'exportation au motif qu'une société de vente liée à un producteur exerce des fonctions assimilables à celles d'un agent travaillant sur la base de commissions, il appartient à ces institutions de rapporter à tout le moins des indices convergents démontrant que cette condition est remplie* ».

¹¹⁷⁶ Article 2, paragraphe 10, du règlement de base.

¹¹⁷⁷ Article 2.4 du Code antidumping.

¹¹⁷⁸ *Ibid.*

¹¹⁷⁹ Depuis 1996, la législation de base indique qu'un ajustement est effectué lorsqu' « *il est revendiqué et démontré* » que les différences constatées dans les facteurs concernés (par exemple les caractéristiques physiques) affectent les prix et, partant, leur comparabilité. Antérieurement, le règlement de base indiquait explicitement que « *lorsqu'une partie intéressée réclame un ajustement, elle doit prouver que sa demande est justifiée* » (règlement (CE) n° 2423/88, préc., article 2, paragraphe 9, b)). L'on peut remarquer, à cet égard, que le préambule du règlement (CEE) n° 812/86 du Conseil, du 14 mars 1986, relatif à la défense contre les importations qui font l'objet d'un dumping entre la Communauté à Dix et les nouveaux États membres ou entre les nouveaux États membres pendant la période d'application des mesures transitoires définies par l'acte d'adhésion de l'Espagne et du Portugal (*JOCE* L 78, 24 mars 1986, p. 1) indiquait, au considérant n° 5, qu'il convient « *d'attirer l'attention sur le fait que la charge de la preuve incombe à la personne qui demande de tels ajustements* ».

320. Une telle possibilité d'ajustements d'origine institutionnelle¹¹⁸⁰ devrait être fréquemment utilisée. On peut en effet considérer qu'une obligation positive de comparaison équitable pèse sur les institutions¹¹⁸¹. La Cour semble avoir reconnu, dans plusieurs arrêts des années 1980, que les ajustements peuvent être effectués d'office¹¹⁸². Pourtant, dans les affaires *Descom Scales* et *Acme Industry*, tout en visant cette jurisprudence de la Cour, le Tribunal a estimé que les ajustements au titre de la comparaison « *ne sont pas opérés d'office* », mais qu' « *il appartient à la partie qui en réclame le bénéfice de prouver que leur demande est justifiée* »¹¹⁸³. Cette position du Tribunal devrait être conciliée avec la jurisprudence antérieure de la Cour, en estimant que le premier aurait seulement souligné que la revendication d'ajustements par un producteur-exportateur doit s'accompagner d'éléments de preuve suffisamment concluants¹¹⁸⁴. D'ailleurs, dans l'affaire *Kundan*, postérieure aux arrêts *Descom Scales* et *Acme Industry*, le Tribunal a jugé qu' « *il incombe aux institutions de se fonder, lorsqu'elles estiment devoir effectuer un ajustement [...], sur des preuves [...] permettant d'établir l'existence du facteur au titre duquel l'ajustement est opéré* », et a sanctionné le Conseil pour ne pas avoir rapporté cette preuve¹¹⁸⁵. En outre, il existe des exemples d'ajustements effectués d'office par les institutions¹¹⁸⁶. L'enjeu ne serait pas tant que la Commission opère d'office des

¹¹⁸⁰ Possibilité mise en évidence par Wolfgang MÜLLER, « Dumping en droit communautaire », *Jurisclasseur Europe*, fasc. 2310, 2001 (paragraphe 105-106).

¹¹⁸¹ V., à cet égard, le rapport de l'Organe d'appel *CE – Linge de lit* », préc. (paragraphe 59), et v. *supra* n° 314.

¹¹⁸² CJCE, 7 mai 1987, *Nachi Fujikoshi Corporation c/ Conseil*, préc. (pt 33) : la Cour explique que, « *alors que les ajustements relatifs à la constitution du prix à l'exportation sont opérés d'office par les institutions communautaires en application des dispositions de l'article 2, paragraphe 8, du règlement n° 3017/79, les ajustements visés par l'article 2, paragraphe 10 [i.e. la comparaison], peuvent l'être également sur la demande d'une partie intéressée* » ; « *également* », ce qui signifie qu'ils peuvent aussi l'être d'office par les institutions ! V., également, CJCE, 7 mai 1987, *Nippon Seiko KK c/ Conseil*, aff. 258/84, *Rec. p. 1923* (pt 45) et 7 mai 1987, *Minebea Company Limited c/ Conseil*, aff. 260/84, *Rec. p. 1975* (pt 43).

¹¹⁸³ TPICE, 12 octobre 1999, *Acme Industry c/ Conseil*, aff. T-48/96, *Rec. p. II-3089* (pt 133). V., antérieurement, TPICE, 14 septembre 1995, *Descom Scales c/ Conseil*, aff. T-171/94, *Rec. p. II-2413* (pts 66 et 87).

¹¹⁸⁴ V., en ce sens, Wolfgang MÜLLER, « Dumping en droit communautaire », *Jurisclasseur Europe*, fasc. 2310, 2001 (paragraphe 106).

¹¹⁸⁵ TPICE, 21 novembre 2002, *Kundan Industries Ltd et Tata Industries Ltd c/ Conseil*, préc. (pts 96-98).

¹¹⁸⁶ V. règlement (CE) n° 119/97 du Conseil, du 20 janvier 1997, instituant un droit antidumping définitif sur les importations de certains mécanismes pour reliure à anneaux originaires de Malaysia et de république populaire de Chine et portant perception définitive des droits provisoires, *JOCE L 2*, 24 janvier 1997, p. 1 (paragraphe 24) : « *la Commission a estimé de sa propre initiative qu'il convenait en l'espèce d'accorder un tel ajustement [pour différence de stade commercial] pour que la comparaison soit loyale* » ; v. également le règlement (CE) n° 1420/2007 du Conseil, du 4 décembre

ajustements lorsque c'est elle qui estime qu'ils sont nécessaires, mais que pèse sur elle l'obligation d'envisager tous les ajustements possibles, y compris ceux qui, logiquement, devraient être réclamés par les producteurs-exportateurs car dans l'intérêt de ceux-ci.

3° L'incidence des conditions spécifiques à certains ajustements

321. Aux caractéristiques générales de la comparaison et conditions communes à tous les ajustements¹¹⁸⁷, s'ajoutent des conditions spécifiques aux ajustements pour différences, respectivement, de stade commercial **(a.)**, de caractéristiques physiques **(b.)**, de crédit **(c.)**, de rabais et remises **(d.)**, de coûts de transport, assurance, manutention, chargement et coûts accessoires **(e.)** et de commissions **(f.)**.

322. (a.) Le cas de l'ajustement pour différence de stade commercial est particulièrement saillant. À cet égard, les conditions posées par le règlement de base¹¹⁸⁸ paraissent restrictives et capables de compromettre les progrès accomplis dans le Code antidumping.

En premier lieu, à propos de la condition d'affectation de la comparabilité des prix, la seule prévue par le Code, le règlement précise que cette affectation doit être « *démontrée par l'existence de différences constantes et nettes dans les fonctions et les prix des vendeurs correspondant aux différents stades commerciaux sur le marché intérieur du pays exportateur* »¹¹⁸⁹. Cette exigence supplémentaire de constance des différences serait un obstacle important à l'octroi d'un ajustement pour différence de stade commercial dans la mesure où les opérateurs se comporteraient rarement selon un schéma complètement constant, particulièrement dans le commerce des biens de consommation¹¹⁹⁰.

2007, instituant un droit antidumping définitif sur les importations de silicomanganèse originaires de la République populaire de Chine et du Kazakhstan et clôturant la procédure concernant les importations de silicomanganèse originaires d'Ukraine, *JOUE* L 317, 5 décembre 2007, p. 5.

¹¹⁸⁷ Liste non limitative des facteurs au titre desquels un ajustement peut être opéré ; comparaison au même stade commercial et à des dates aussi proches que possible ; non répétition des ajustements ; différence affectant les prix et la comparabilité des prix ; et charge de la preuve.

¹¹⁸⁸ Article 2, paragraphe 10, d).

¹¹⁸⁹ Article 2, paragraphe 10, d), i).

¹¹⁹⁰ Pierre DIDIER, « The WTO Anti-Dumping Code and EC Practice, Issues for Review in Trade Negotiations », préc. ; spéc. p. 41. V., également, Pierre DIDIER, *WTO Trade Instruments in EU Law*, *op. cit.* ; spéc. p. 51-52.

En second lieu, s'agissant de la condition d'affectation des prix, ajoutée par le règlement de base pour tous les ajustements, en matière d'ajustement pour différence de stade commercial, le montant pris en compte (*i.e.* l'ampleur de l'affectation des prix) doit être établi d'après la valeur de marché de la différence dans le pays d'exportation. En pratique, cela implique, afin de disposer des données nécessaires au calcul de l'effet de la différence, qu'au moins en partie les ventes domestiques soient effectuées au même niveau commercial que les ventes à l'exportation, ce qui n'est pas toujours le cas¹¹⁹¹.

Reconnaissant les difficultés posées par ces exigences cumulatives, la Commission a proposé de « *clarifier les conditions requises pour un ajustement au titre des différences de stade commercial lorsqu'il n'existe pas d'information sur l'effet sur les prix de l'existence de stades commerciaux différents pour le marché concerné ou lorsque, bien que les prix soient au même niveau, un ajustement peut être souhaitable pour des frais, tels que la publicité, qui dans certaines circonstances peuvent être alloués de façon plus satisfaisante à d'autres stades commerciaux* »¹¹⁹². Ainsi le Conseil a-t-il ajouté, dans le règlement de base, la possibilité d'un « *ajustement spécial* » effectué « *lorsqu'une différence de stade commercial ne peut être quantifiée à cause de l'absence des stades commerciaux pertinents sur le marché intérieur des pays exportateurs, ou lorsqu'il est clairement établi que certaines fonctions se rapportent à des stades commerciaux autres que celui qui est utilisé pour la comparaison* »¹¹⁹³. Néanmoins, cet ajustement spécial ne serait pas satisfaisant pour deux raisons : d'une part, il serait à l'entière discrétion des institutions ; d'autre part, il serait trop faible et ne rendrait pas compte des différences réelles de fonction et/ou de coûts¹¹⁹⁴.

¹¹⁹¹ Pierre DIDIER, « The WTO Anti-Dumping Code and EC Practice, Issues for Review in Trade Negotiations », préc. ; spéc. p. 41. V., également, Pierre DIDIER, *WTO Trade Instruments in EU Law*, *op. cit.* ; spéc. p. 53-54.

¹¹⁹² COM(96) 145 final, exposé des motifs de la proposition de règlement (CE) du Conseil modifiant le règlement (CE) n° 384/96 relatif à la défense contre les importations qui font l'objet d'un dumping de la part de pays non membres de la Communauté européenne.

¹¹⁹³ Article 2, paragraphe 10, d), ii), du règlement de base. Le considérant n° 3 de la proposition de règlement ayant introduit l'ajustement spécial dans le règlement de base visait explicitement la publicité parmi les frais pouvant faire l'objet d'un tel ajustement (COM(96) 145 final). Le considérant n° 3 du règlement (CE) n° 2331/96 n'a pas repris cette indication.

¹¹⁹⁴ Pierre DIDIER, « The WTO Anti-Dumping Code and EC Practice, Issues for Review in Trade Negotiations », préc. ; spéc. p. 42.

323. Des règles spéciales existent également pour d'autres ajustements.

(b.) Ainsi, en matière d'ajustement pour différence dans les caractéristiques physiques, le montant ajusté pour le produit concerné est une « *estimation raisonnable de la valeur de la différence sur le marché* » du pays exportateur. Or cette valeur peut être difficile, voire impossible à établir lorsque le produit exporté n'est pas vendu tel quel sur le marché domestique. Il serait logique – et possible puisqu'il s'agit d'une « *estimation raisonnable* » – que la différence de prix soit proportionnelle à la différence de coûts de production¹¹⁹⁵. La marge d'appréciation, que cette condition confère aux institutions, peut être exploitée au préjudice des producteurs-exportateurs et colorer de protectionnisme la comparaison.

(c.) En matière d'ajustements pour différences de crédit, la condition spéciale étant que ce facteur ait été « *pris en considération pour la détermination des prix pratiqués* »¹¹⁹⁶, les institutions exigent que les conditions de crédit aient été convenues par écrit, avant ou au moment de la vente, ce qui les conduit à refuser les ajustements lorsque les crédits sont prolongés postérieurement ou sont flottants¹¹⁹⁷.

(d.) L'ajustement pour différences de rabais et remises n'est permis que si ces avantages sont directement liés aux ventes considérées. Cette condition semble, elle aussi, en pratique strictement appliquée¹¹⁹⁸.

(e.) En matière d'ajustements pour différences dans les coûts de transport, assurance, manutention, chargement et coûts accessoires, la condition spécifique étant que les coûts doivent avoir « *été exposés pour acheminer le produit en question depuis les locaux de l'exportateur jusqu'au premier acheteur indépendant* », les institutions refusent de tenir compte des frais de stockage et de transport avant la vente (tel que le transport d'un produit de son lieu de fabrication et/ou de stockage central vers un entrepôt décentralisé)¹¹⁹⁹, ce qui défavorise les producteurs qui décentralisent leurs lieux de stockage et crée un biais en défaveur de ces derniers.

¹¹⁹⁵ Pierre DIDIER, *Les principaux accords de l'OMC et leur transposition dans la Communauté européenne*, *op. cit.* ; spéc. p. 57.

¹¹⁹⁶ Article 2, paragraphe 10, g), du règlement de base.

¹¹⁹⁷ V., Pierre DIDIER, *Les principaux accords de l'OMC et leur transposition dans la Communauté européenne*, *op. cit.* ; spéc. p. 50 ; Ivo VAN BAEL et Jean-François BELLIS, *EU Anti-Dumping and Other Trade Protection Defence Instruments*, 5^{ème} éd., *op. cit.* ; spéc. p. 118-119.

¹¹⁹⁸ Ivo VAN BAEL et Jean-François BELLIS, *EU Anti-Dumping and Other Trade Protection Defence Instruments*, 5^{ème} éd., *op. cit.* ; spéc. p. 113.

¹¹⁹⁹ Pierre DIDIER, *Les principaux accords de l'OMC et leur transposition dans la Communauté européenne*, *op. cit.* ; spéc. p. 49-50 ; Ivo VAN BAEL et Jean-François BELLIS, *EU Anti-Dumping and Other Trade Protection Defence Instruments*, 5^{ème} éd., *op. cit.* ; spéc. p. 117.

(f.) L'ajustement pour différences dans les commissions, tel qu'interprété par le Tribunal, sanctionnant la pratique contraire des institutions, doit être opéré seulement lorsqu'une commission est effectivement payée¹²⁰⁰. En 2002, une modification apportée au règlement de base¹²⁰¹ a donné au mot « *commission* » un sens étendu à la « *marge perçue par un opérateur [...] si les fonctions de cet opérateur sont assimilables à celles d'un agent travaillant sur la base de commissions* »¹²⁰².

324. L'équité de la comparaison peut être réelle ou illusoire, selon que les institutions de l'Union opèrent des ajustements de leur propre initiative ou seulement sur demande, et/ou qu'elles acceptent largement et avec souplesse ou, au contraire, avec restriction et prudence, les ajustements demandés. L'importance des informations demandées aux exportateurs pour faire droit à leurs demandes d'ajustements joue, également, un rôle important. À cet égard, il est reproché à la Commission d'exiger des exportateurs des détails excessifs, tels que, s'agissant des coûts après-vente, les frais précis pour chaque modèle sur une période de quatre ans¹²⁰³. Par ailleurs, les ajustements au titre des différences de stades commerciaux seraient sensiblement plus restrictifs qu'avant les avancées du Code antidumping de 1994¹²⁰⁴, ce qui indiquerait la persistance d'importants biais protectionnistes dans la comparaison entre valeur normale et prix à l'exportation.

À l'ensemble de ces situations et occasions de biais en matière d'ajustements nécessaires aux fins d'une comparaison équitable, s'ajoutent celles portant sur le calcul de la marge de dumping.

¹²⁰⁰ TPICE, 21 novembre 2002, *Kundan Industries Ltd et Tata Industries Ltd c/ Conseil*, aff. T-88/98, préc. (pts 93-101).

¹²⁰¹ Règlement (CE) n° 1972/2002 du Conseil, du 5 novembre 2002, modifiant le règlement (CE) n° 384/96 du Conseil, relatif à la défense contre les importations qui font l'objet de dumping de la part de pays non membres de la Communauté européenne, *JOCE* L 305, 7 novembre 2002, p. 1. Le considérant n° 6 du règlement explique que « conformément à la pratique constante de la Commission et du Conseil », des ajustements pour différences de commission « devraient aussi être opérés si les parties n'entretiennent pas une relation commettant-commissionnaire mais parviennent au même résultat économique en agissant en tant que vendeur et acheteur ».

¹²⁰² Article 2, paragraphe 10, i), du règlement de base.

¹²⁰³ Pierre DIDIER, « The WTO Anti-Dumping Code and EC Practice, Issues for Review in Trade Negotiations », préc. ; spéc. p. 43.

¹²⁰⁴ *Ibid.* ; spéc. p. 42.

B. Les risques de calculs de marges de dumping excessives

325. L'équité dans le calcul de la marge de dumping est essentielle à la loyauté de l'action antidumping. L'institution de droits antidumping fondée sur des marges de dumping fictive est simplement injuste pour les exportateurs concernés¹²⁰⁵.

326. Lorsque la valeur normale et le prix à l'exportation sont établis et leur comparabilité équitable assurée, la marge de dumping peut être calculée, par soustraction du second à la première, pour chaque produit concerné et pour chaque producteur-exportateur visé par la procédure antidumping en cause. Cette quatrième et dernière étape de la détermination de l'existence d'un dumping consiste à établir « *le montant par lequel la valeur normale dépasse le prix à l'exportation* »¹²⁰⁶. Si cette étape présente moins de risque d'excès que par le passé, elle demeure délicate et potentiellement biaisée dans le sens d'une marge exagérément élevée.

Pour calculer la marge de dumping, le règlement de base prévoit trois méthodes de comparaison de la valeur normale et du prix à l'exportation¹²⁰⁷. Les deux premières méthodes sont dites symétriques. La troisième est asymétrique.

En principe, l'une des deux méthodes symétriques doit être utilisée. La première méthode consiste à comparer la « *valeur normale moyenne pondérée avec la moyenne pondérée des prix de toutes les exportations vers la Communauté* »¹²⁰⁸. La seconde repose sur une comparaison « *des valeurs normales individuelles et des prix à l'exportation individuels vers la Communauté, transaction par transaction* »¹²⁰⁹. Ces méthodes de comparaison symétrique, moyenne pondérée à moyenne pondérée et transaction par transaction, peuvent être alternativement utilisées. Mais la dernière le serait très rarement « *en raison de son caractère impraticable et arbitraire* »¹²¹⁰ ; « *son utilisation est rarement considérée comme possible étant donné les difficultés*

¹²⁰⁵ V., à cet égard, John Bum KIM, « Fair Price Comparison in the WTO Anti-dumping Agreement, Recent WTO Panel Decisions against the "Zeroing" Method », *JWT*, vol. 36, n° 1, 2002, p. 39-56.

¹²⁰⁶ Article 2, paragraphe 12, du règlement de base.

¹²⁰⁷ Article 2, paragraphe 11, du règlement de base, reprenant les solutions de l'article 2.4.2 du Code antidumping.

¹²⁰⁸ Article 2, paragraphe 11, du règlement de base.

¹²⁰⁹ *Ibid.*

¹²¹⁰ D'après le Conseil, ainsi qu'il l'a souligné devant la Cour de justice dans l'affaire *Petrotub* : CJCE, 9 janvier 2003, *Petrotub SA et Republica SA c/ Conseil et Commission*, aff. C-76/00 P, préc. (pt 44) ; v., également, TPICE, 15 décembre 1999, *Petrotub SA et Republica SA c/ Conseil et Commission*, aff. jtes T-33/98 et T-34/98, préc. (pt 101).

pratiques liées à la détermination d'une valeur normale correspondante pour chaque transaction d'exportation »¹²¹¹.

Par exception, lorsque certaines conditions sont réunies, la troisième méthode (asymétrique) peut être employée. Elle consiste à comparer une valeur normale moyenne pondérée avec les prix de toutes les exportations individuelles vers l'Union.

327. En érigeant la méthode asymétrique en exception, l'actuel règlement de base opère, conformément aux dispositions de l'article 2.4.2 du Code antidumping de 1994, un renversement par rapport à la pratique en vigueur sous l'empire des règlements de base antérieurs à 1995, qui consistait à appliquer le plus souvent la méthode de comparaison asymétrique¹²¹². À partir de 1996, la tendance des institutions fut de recourir à la première méthode symétrique, en comparant valeur normale moyenne et prix à l'exportation moyen par types ou catégories du produit concerné, et en recourant à la pratique dite de la *réduction à zéro* pour les types ou catégories pour lesquels la marge obtenue était négative. Suite à la condamnation par l'OMC¹²¹³ de cette réduction à zéro à l'effet inflationniste sur la marge calculée, les institutions européennes ont délaissé la première méthode symétrique et repris leur tendance antérieure à 1996.

Or le recours à la méthode asymétrique devait être exceptionnel. Il requiert la réunion de deux conditions cumulatives énoncées par le règlement de base, et soulignées par la Cour de justice¹²¹⁴. D'une part, la configuration des prix à l'exportation doit différer sensiblement entre les différents acquéreurs, régions ou périodes¹²¹⁵. D'autre part, aucune des deux¹²¹⁶ méthodes symétriques ne doit permettre de refléter l'ampleur réelle du dumping pratiqué¹²¹⁷. Les autorités doivent constater qu'une telle

¹²¹¹ Wolfgang MÜLLER, « Dumping en droit communautaire », *Jurisclasseur Europe*, fasc. 2310, 2001 (paragraphe 126). Selon Ivo VAN BAEL et Jean-François BELLIS, cette méthode de comparaison transaction par transaction n'aurait jamais été utilisée par les institutions communautaires : *EU Anti-Dumping and Other Trade Defence Instruments*, 5^{ème} éd., *op. cit.* ; spéc. p. 131.

¹²¹² V. *infra* n° 365.

¹²¹³ Rapport du Groupe spécial *Communautés européennes – Droits antidumping sur les importations de linge de lit en coton en provenance d'Inde* (ci-après « *CE – Linge de lit* »), 30 octobre 2000, WT/DS141/R et rapport de l'Organe d'appel *CE – Linge de lit*, préc. Ces deux rapports ont été adoptés par l'ORD de l'OMC le 12 mars 2001. V. *infra* n° 374 et s.

¹²¹⁴ Dans l'affaire *Petrotub* : CJCE, 9 janvier 2003, *Petrotub SA et Republica SA c/ Conseil et Commission*, aff. C-76/00 P, *Rec.* p. I-79 (pt 49).

¹²¹⁵ Ce qui correspond à la première condition énoncée par l'article 2.4.2 du Code antidumping.

¹²¹⁶ CJCE, 9 janvier 2003, *Petrotub SA et Republica SA c/ Conseil et Commission*, préc. (pt 50).

¹²¹⁷ Formulation différente de celle de l'article 2.4.2 du Code relative à la deuxième condition, notamment par l'absence de mention de l'obligation de donner une explication. L'article 2.4.2 du

configuration des prix diffère¹²¹⁸ et sont tenues de donner une explication quant à la raison pour laquelle les méthodes symétriques ne permettent pas de refléter l'ampleur réelle du dumping¹²¹⁹. Dans l'affaire *Petrotub*, le Tribunal avait jugé qu'une telle obligation spécifique de motivation de la seconde condition ne pesait pas sur les institutions¹²²⁰ et avait estimé que l'obligation générale de motivation prévue par l'actuel 296 TFUE était, en l'espèce, satisfaite. Mais la Cour de justice l'a censuré, pour erreur de droit¹²²¹. Interprétant le droit communautaire à la lumière des dispositions du Code antidumping de 1994 – que le règlement de base entend transposer –, la Cour a considéré que « *l'exigence de motivation spécifique* » prévue par le Code « *s'intègre dans l'exigence générale de motivation des actes des institutions requise par le traité* »¹²²². Ainsi la jurisprudence de la Cour protège-t-elle les producteurs étrangers contre une utilisation abusive d'une méthode de calcul de la marge de dumping – accusée d'être créatrice de marge de dumping – voulue exceptionnelle par la réglementation antidumping de l'OMC.

Code antidumping dispose : « *Une valeur normale établie sur la base d'une moyenne pondérée pourra être comparée aux prix de transactions à l'exportation prises individuellement si les autorités constatent que, d'après leur configuration, les prix à l'exportation diffèrent notablement entre différents acheteurs, régions ou périodes, et si une explication est donnée quant à la raison pour laquelle il n'est pas possible de prendre dûment en compte de telles différences en utilisant les méthodes de comparaison moyenne pondérée à moyenne pondérée ou transaction par transaction* ».

¹²¹⁸ Rejetant l'allégation contraire du requérant, le Tribunal a conclu que « *l'existence d'une configuration des prix à l'exportation différente selon les acquéreurs, les régions ou les périodes, première condition d'application de la méthode asymétrique, n'est nullement conditionnée à l'établissement d'une intention, de la part des exportateurs, de dissimuler un dumping* » (TPICE, 24 octobre 2006, *Ritek Corp. e.a. c/ Conseil*, aff. T-274/02, *Rec.* p. II-4305 (pt 57)).

¹²¹⁹ Selon les termes de l'article 2.4.2 du Code antidumping de 1994.

¹²²⁰ Puisqu'elle n'était pas expressément reprise par l'article 2, paragraphe 11, du règlement de base, et au motif que le régime relatif à la défense contre les pratiques de dumping est uniquement régi par ce règlement ; TPICE, 15 décembre 1999, *Petrotub SA et Republica SA c/ Conseil et Commission*, préc. (pt 105).

¹²²¹ Le Conseil a adopté un règlement pour tenir compte de l'arrêt de la Cour en ce qui concerne *Petrotub* (et, également, *Republica*, mais s'agissant d'un problème autre que le calcul de la marge de dumping) : règlement (CE) n° 235/2004 du Conseil, du 10 février 2004, modifiant le règlement (CE) n° 2320/97 instituant des droits antidumping définitifs, en ce qui concerne les importations dans la Communauté des produits fabriqués par *Petrotub SA* et *Republica SA*, *JOUE* L 40, 12 février 2004, p. 11. Relevant que le règlement originel avait conclu que la première des deux méthodes symétriques ne reflétait pas l'ampleur réelle du dumping, sans aborder la seconde méthode symétrique, le nouveau règlement « *réexamine et corrige les résultats de l'enquête [...] en évaluant l'applicabilité de la deuxième méthode symétrique eu égard aux critères contenus dans l'arrêt* » (paragraphe 7). Le Conseil considère que la seconde méthode symétrique n'aurait pas, en l'espèce, été appropriée, car elle n'aurait pas donné lieu à des résultats représentatifs ; par suite, elle n'aurait pas non plus permis de tenir compte des importantes différences de configuration des prix à l'exportation. Il confirme, par conséquent, l'application de la méthode asymétrique (v. paragraphes 10-13 et 19).

¹²²² CJCE, 9 janvier 2003, *Petrotub SA et Republica SA c/ Conseil et Commission*, préc. (pt 59).

*

328. Les situations et occasions de biais protectionnistes ne sont pas l'apanage de la détermination de l'existence d'un dumping. Elles peuvent être découvertes, également, lors des étapes de la détermination de l'existence d'un préjudice causé par les importations faisant l'objet d'un dumping, seconde condition matérielle requise pour l'éventuelle adoption de mesures de défense commerciale.

Section 2 – Les biais identifiables dans la détermination du préjudice imputable au dumping

329. Déterminer l'existence d'un préjudice causé par les importations faisant l'objet d'un dumping¹²²³ implique, au préalable, de définir l'industrie de l'Union victime de ces importations. Cette industrie est normalement constituée de l'ensemble des producteurs européens qui fabriquent le *produit similaire* au produit dont les importations font l'objet d'un dumping, appelé *produit concerné*. Lorsqu'un préjudice souffert par une telle industrie est constaté¹²²⁴, un lien de causalité entre ce préjudice et les importations faisant l'objet d'un dumping doit être établi. Tout préjudice ne peut justifier une réaction antidumping : il doit s'agir d' « *un préjudice important [...], d'une menace de préjudice important [...] ou d'un retard sensible dans la création d'une industrie* », ces trois formes étant regroupées sous le terme *préjudice*.

L'éventuelle incidence protectionniste de la définition des préalables à la détermination du préjudice (§ I.) est moins aisément identifiable que celle de la détermination du préjudice et du lien de causalité (§ II.).

¹²²³ L'article 1^{er}, paragraphe 1, du règlement de base, envisage le produit faisant l'objet d'un dumping dont la « *mise en libre pratique dans la Communauté cause un préjudice* » ; c'est, par conséquent, le préjudice causé par la mise en libre pratique de produits faisant l'objet d'un dumping dont l'existence doit être déterminée ; mais l'article 3 du règlement de base, intitulé « *Détermination de l'existence d'un préjudice* », utilise l'expression « *importations faisant l'objet d'un dumping* » et régit la manière dont est déterminé le préjudice causé par ces importations. L'article VI du GATT reconnaît que « *le dumping [...] est condamnable s'il cause [...] un dommage important* » ; et il résulte de l'article 3.5 du Code que ce sont « *les importations faisant l'objet d'un dumping* » qui « *causent, par les effets du dumping, [...] un dommage* » qui doit être important.

¹²²⁴ Préjudice dont la marge plafonne l'ampleur de la réaction antidumping lorsqu'elle est inférieure à la marge de dumping.

§ I. Les biais dans la définition des préalables à la détermination du préjudice

330. Transposant les dispositions de l'article VI du GATT et celles du Code antidumping de 1994, la législation de l'Union subordonne la condamnation du dumping à l'existence d'un préjudice¹²²⁵ pour l'industrie de l'Union productrice du produit similaire à celui dont les importations font l'objet d'un dumping. Ainsi, la détermination de l'existence d'un préjudice requiert l'identification du produit similaire au produit considéré, autrement dit les définitions du *produit considéré* et du *produit similaire (A.)*, puis la délimitation de l'industrie européenne productrice de ce dernier (**B.**).

A. L'incidence de la définition du produit similaire au produit considéré

331. Par *produit similaire*, on entend « un produit identique, c'est-à-dire semblable à tous égards au produit considéré, ou, en l'absence d'un tel produit, un autre produit qui, bien qu'il ne lui soit pas semblable à tous égards, présente des caractéristiques ressemblant étroitement à celles du produit considéré »¹²²⁶. La détermination concrète du produit similaire ainsi défini implique celle, préalable, du *produit considéré*, également appelé *produit concerné*, à propos duquel ni le Code, ni le règlement de base ne fournissent une définition¹²²⁷. Cette lacune est regrettable puisque, d'une part, il s'agit d'établir le produit qui fera l'objet de la procédure antidumping, en déterminant l'ensemble des produits importés formant ce produit considéré et que, d'autre part, le produit similaire est concrètement défini par rapport au produit considéré initialement déterminé.

La détermination du produit concerné peut avoir une incidence notable sur l'issue d'une procédure. Il est cependant difficile d'identifier les biais protectionnistes susceptibles de l'affecter. Une conception large du produit concerné peut, certes, avoir pour effet de diluer l'impact relatif des importations faisant l'objet d'un dumping, éloignant le spectre d'une détermination positive de dumping

¹²²⁵ L'article VI du GATT et le Code antidumping emploient le mot *dommage* ; l'utilisation du mot *préjudice* par le règlement de base de l'Union ne modifie pas le sens de la notion. Dans les versions anglaises de ces trois textes, le mot *injury* est seul utilisé.

¹²²⁶ Article 1^{er}, paragraphe 4, du règlement de base, reprenant l'article 2.6 du Code antidumping.

¹²²⁷ Sur les définitions du *produit concerné* et du *produit similaire*, v. *supra* n° 150.

préjudiciable ; mais elle peut aussi permettre à l'industrie de l'Union de prouver l'existence d'un préjudice sur des marchés contigus, voisins, et ainsi conduire à étendre la portée des mesures de défense commerciale à une gamme de produits plus grande. Quant à une définition étroite du produit concerné, elle peut réduire la portée d'une mesure antidumping à un petit nombre de produits. À l'inverse, elle peut impacter plus fortement les exportateurs concernés lorsqu'elle conduit à constater que les importations en dumping causent un préjudice à l'industrie du produit similaire, alors qu'une conception plus large du produit concerné, et corrélativement du produit similaire, aurait exclu tout constat de préjudice en raison d'une dilution des effets d'un dumping dans les faits limité à une partie seulement de ce produit similaire¹²²⁸.

332. Une fois le produit concerné défini, il convient d'identifier le produit similaire, ou plus exactement deux produits similaires : le produit similaire vendu sur le marché domestique du pays d'exportation – aux fins de la détermination de la marge de dumping¹²²⁹ – et le produit similaire fabriqué par l'industrie de l'Union – aux fins de la détermination du préjudice subi par cette dernière¹²³⁰. S'agissant du premier de ces deux produits similaires différents, une conception large peut, selon les circonstances de l'espèce, favoriser la détermination positive d'un dumping ou, au contraire, en réduire l'occurrence. Parallèlement, dans le cas du second produit similaire, une conception large peut, selon les circonstances de l'espèce, conduire à la détermination positive d'un préjudice ou augmenter la marge de préjudice ou, au contraire, mener à la conclusion d'absence de préjudice ou réduire son ampleur¹²³¹.

¹²²⁸ V. IVO VAN BAEL et Jean-François BELLIS, *EU Anti-Dumping and Other Trade Defence Instruments*, 5^{ème} éd., *op. cit.* ; spéc. p. 209-211 ; v., également, l'affaire des bagues extérieures de roulements à rouleaux coniques : règlement (CEE) n° 55/93 du Conseil, du 8 janvier 1993, instituant un droit antidumping définitif sur les importations dans la Communauté de bagues extérieures de roulements à rouleaux coniques, originaires du Japon, *JOCE* L 9, 15 janvier 1993, p. 7 (paragraphe 7-8) ; TPICE, 14 juillet 1995, *Koyo Seiko Co. Ltd c/ Conseil*, aff. T-166/94, *Rec.* p. II-2129 (pts 22 à 42).

¹²²⁹ Il s'agit de déterminer si le prix à l'exportation du produit concerné est inférieur à la valeur normale du produit similaire vendu sur le marché domestique du producteur/exportateur.

¹²³⁰ Il s'agit d'examiner si les produits de l'industrie communautaire sont similaires au produit concerné faisant l'objet des importations en dumping.

¹²³¹ Sachant, par ailleurs, que « *l'effet des importations faisant l'objet d'un dumping est évalué par rapport à la production communautaire du produit similaires lorsque les données disponibles permettent d'identifier cette production séparément* » ; mais, « *s'il n'est pas possible d'identifier séparément cette production, les effets des importations faisant l'objet d'un dumping sont évalués par examen de la production du groupe ou de la gamme de produits le plus étroit, comprenant le produit similaire, pour lequel les enseignements nécessaires peuvent être fournis* » (article 3, paragraphe 8, du règlement de base, soulignement ajouté) ; dans cette dernière situation, l'élargissement corrélatif

333. Il en résulte une impossibilité d'affirmer, d'une manière générale, qu'une définition large ou, au contraire, étroite du produit concerné et des deux produits similaires, recèle une inclination protectionniste de l'action antidumping. Le biais en ce domaine serait de constater une tendance des institutions à retenir, dans chaque espèce considérée, la dimension – large ou étroite – favorable à l'industrie de l'Union et défavorable aux producteurs-exportateurs accusés de recourir au dumping. La marge d'appréciation dont disposent les institutions pour déterminer ces produits, sous le contrôle limité du Tribunal, rend possible un tel biais. Les différences relevées¹²³² entre les définitions des marchés en cause et des produits concernés dans des procédures antitrust et antidumping relatives aux mêmes produits permettent seulement d'alléguer que les *marchés commerciaux* retenus sont souvent plus étroits que les *marchés concurrentiels*. Ce constat ne permet pas d'en déduire, *ipso facto*, un biais protectionniste, mais autorise seulement à conclure à l'existence d'une différence de perspectives entre action antidumping et droit antitrust.

B. Les implications de la définition de l'industrie de l'Union subissant le préjudice

334. L'industrie de l'Union, dont le préjudice doit être évalué, comprend « *l'ensemble des producteurs communautaires de produits similaires ou ceux d'entre eux dont les productions additionnées constituent une proportion majeure [...] de la production communautaire totale de ces produits* »¹²³³. Pour définir l'industrie, « *les institutions disposent d'un large pouvoir d'appréciation en ce qui concerne le choix entre les deux branches de cette alternative* »¹²³⁴.

La notion d'industrie de l'Union, ou d'industrie européenne, est à double usage. Elle intervient, en premier lieu, à un niveau procédural, pour apprécier la recevabilité d'une plainte antidumping – laquelle doit être déposée au nom de l'industrie de

de l'industrie de l'Union peut diluer l'impact des importations en dumping et rendre plus difficile le constat d'un préjudice.

¹²³² V. *supra* n° 140 et s.

¹²³³ Article 4, paragraphe 1, du règlement de base, transposant l'article 4.1 du Code antidumping, lequel dispose que « *l'expression "branche de production nationale" s'entendra de l'ensemble des producteurs nationaux de produits similaires ou de ceux d'entre eux dont les productions additionnées constituent une proportion majeure de la production totale de ces produits* ».

¹²³⁴ Trib.UE, 11 juillet 2013, *Philips Lighting Poland S.A. c/ Conseil*, aff. T-469/07, non encore publié au *Rec.* (pt 92).

l'Union¹²³⁵. En second lieu, elle est au cœur de l'évaluation du préjudice – l'industrie du produit similaire en est victime. Ce préjudice doit être subi, non pas seulement par certains des producteurs du produit similaire établis dans l'Union, mais par l'ensemble de ces derniers, ou tout au moins par une grande partie d'entre eux¹²³⁶. Bien que la Communauté ait refusé, lors du Cycle de l'Uruguay, que la *proportion majeure* soit fixée à au moins 50% de cette production du produit similaire, la pratique des institutions ne se départirait qu'exceptionnellement de la règle de la majorité¹²³⁷. Enfin, dans une même procédure, l'industrie de l'Union « *retenue aux fins de déterminer le préjudice ne doit pas nécessairement être constituée des mêmes producteurs communautaires que ceux composant l'industrie communautaire dont il a été tenu compte pour établir si la plainte initiale* » était recevable¹²³⁸.

335. Dans une affaire donnée, plusieurs paramètres peuvent influencer sur le périmètre de l'industrie de l'Union. En premier lieu, la définition de l'industrie de l'Union étant liée à celle de la production du produit similaire dans l'Union, la question de savoir si les marchandises sont produites *dans* l'Union peut revêtir une certaine importance. La question de l'origine des produits peut alors être discutée.

En deuxième lieu, si, en principe, tous les producteurs établis dans l'Union font partie de l'industrie de l'Union, deux circonstances autorisent – sans la rendre obligatoire¹²³⁹ – l'exclusion de certains d'entre eux, ce qui peut avoir une incidence sur la conclusion d'existence ou d'absence de préjudice, en particulier si les exclus sont des producteurs qui ne souffrent pas des importations faisant l'objet d'un dumping. D'une part, peuvent être écartés les producteurs qui sont liés aux exportateurs ou aux importateurs du produit concerné. Le règlement de base indique que le lien résulte du contrôle direct ou indirect de l'un d'eux sur l'autre (a), d'un tiers sur les deux (b), ou des deux sur un tiers (c)¹²⁴⁰, et précise que le contrôle implique la capacité d'exercer un pouvoir de contrainte ou d'orientation¹²⁴¹. Bien

¹²³⁵ V. article 5 du règlement de base et *infra* n° 453.

¹²³⁶ V. *supra* n° 30.

¹²³⁷ Pierre DIDIER, *Les principaux accords de l'OMC et leur transposition dans la Communauté européenne*, *op. cit.* ; spéc. p. 70.

¹²³⁸ Trib.UE, 11 juillet 2013, *Philips Lighting Poland S.A. c/ Conseil*, aff. T-469/07, préc. (pt 93).

¹²³⁹ V., à cet égard, CJCE, 14 mars 1990, *Gestetner Holding plc c/ Conseil et Commission*, aff. C-156/87, *Rec.* p. I-781 (pts 41-43).

¹²⁴⁰ Article 4, paragraphe 2, du règlement de base.

¹²⁴¹ Article 4, paragraphe 2, à l'instar de la note n° 11, sous l'article 4.1 du Code antidumping de 1994.

qu'attachée, d'un point de vue rédactionnel, au troisième cas (c), une condition additionnelle (au lien lui-même) devrait être vérifiée dans ces trois situations¹²⁴² afin que l'exclusion soit possible : la présence de « *raisons de croire ou de soupçonner que l'effet de la relation est tel que le producteur concerné se comporte différemment des producteurs non liés* »¹²⁴³. La marge d'appréciation des institutions pour ces deux conditions est considérable. D'autre part, peuvent être écartés les producteurs qui sont eux-mêmes importateurs du produit concerné, dès lors que l'on peut considérer qu'ils se sont causés à eux-mêmes un préjudice. Mais, en pratique, l'exclusion est rarement prononcée pour cette raison, les institutions s'appuyant sur plusieurs types d'arguments pour justifier leur maintien dans l'industrie de l'Union, tels que le caractère accessoire des activités d'importation, la circonstance que les importations constituent une mesure de défense légitime contre une concurrence déloyale, le fait que leurs propres importations ne les protègent pas du préjudice causé par les importations en dumping, ou la nécessité des importations pour compléter leurs gammes de produits.

En troisième lieu, dans certaines circonstances exceptionnelles, les producteurs d'une région peuvent être regardés comme constituant l'industrie de l'Union – industrie régionale –, ce qui peut faciliter le constat d'un préjudice¹²⁴⁴.

336. Difficiles à identifier s'agissant du double préalable que constituent les définitions du produit concerné, des produits similaires et de l'industrie de l'Union, les biais le sont plus aisément en matière de détermination du préjudice et du lien de causalité entre ce dernier et les importations faisant l'objet d'un dumping.

¹²⁴² V., en ce sens, Ivo VAN BAEL et Jean-François BELLIS, *EU Anti-Dumping and Other Trade Defence Instruments*, 5^{ème} éd., *op. cit.* ; spéc. p. 249-250.

¹²⁴³ Le paragraphe 2 de l'article 4 est, en effet, ainsi rédigé :

« 2. Aux fins du paragraphe 1, les producteurs ne sont réputés liés aux exportateurs ou aux importateurs que :

a) si l'un d'eux, directement ou indirectement, contrôle l'autre; ou
 b) si les deux, directement ou indirectement, sont contrôlés par un tiers; ou
 c) si, ensemble, directement ou indirectement, ils contrôlent un tiers, à condition qu'il y ait des raisons de croire ou de soupçonner que l'effet de la relation est tel que le producteur concerné se comporte différemment des producteurs non liés.

Aux fins du présent paragraphe, l'un est réputé contrôler l'autre lorsqu'il est, en droit ou en fait, en mesure d'exercer sur ce dernier un pouvoir de contrainte ou d'orientation ».

¹²⁴⁴ L'article 4, paragraphe 1, b), du règlement de base, définit les circonstances exceptionnelles autorisant à segmenter l'industrie de l'Union. V. *supra* n° 30 et n° 163.

§ II. Les biais dans la détermination de l'existence d'un préjudice causé par les importations en dumping

337. Selon la manière dont l'existence d'un préjudice est établie (**A.**), l'incidence protectionniste de sa détermination – par un constat biaisé de préjudice – peut être constatée. Par ailleurs, les conditions de détermination du lien de causalité entre le préjudice et les importations en dumping ont des répercussions sur la possibilité d'une réaction antidumping et des biais peuvent, par suite, favoriser cette éventualité (**B.**).

A. L'incidence protectionniste de la détermination de l'existence d'un préjudice

338. La détermination de l'existence d'un préjudice est centrale en matière de réponse antidumping, puisque non seulement la condamnation effective du dumping lui est subordonnée mais, en outre, l'ampleur de la réaction de défense commerciale doit être limitée, en application de la règle du droit moindre¹²⁴⁵, à la mesure qui « *suffit à éliminer le préjudice subi par l'industrie communautaire* »¹²⁴⁶. À l'instar du Code antidumping, le règlement de base distingue trois formes de *préjudice*, réunies sous ce terme unique : le préjudice important actuel, la menace de préjudice important et le retard sensible à la création d'une industrie européenne¹²⁴⁷.

L'importance du préjudice n'est définie ni par l'encadrement multilatéral, ni par le règlement de base qui se bornent tous deux à indiquer les éléments factuels à prendre en considération pour déterminer « *l'existence d'un préjudice* ». L'un et l'autre commandent que soit effectué un « *examen objectif : a) du volume des importations faisant l'objet d'un dumping et de l'effet de ces importations sur les prix des produits similaires sur le marché de la Communauté et b) de l'incidence de ces importations* »

¹²⁴⁵ V. *infra* n° 510 et s.

¹²⁴⁶ Article 7, paragraphe 2, du règlement de base (droit provisoire) ; v., également, l'article 9, paragraphe 4, du règlement de base (droit définitif). De même, s'agissant des engagements – alternative aux droits antidumping – « *les augmentations de prix opérées en vertu de ces engagements ne sont pas plus élevées qu'il n'est nécessaire pour éliminer la marge de dumping et devraient être moindres que la marge de dumping si elles suffisent à éliminer le préjudice causé à l'industrie communautaire* » (article 8, paragraphe 1, du règlement de base). Il conviendrait, par conséquent, de parler, plus généralement, de la *règle de la mesure moindre*.

¹²⁴⁷ Article 3, paragraphe 1, du règlement de base ; note n° 9 sous l'article 3 du Code.

sur l'industrie communautaire »¹²⁴⁸. En pratique, les institutions prennent soin de vérifier que l'industrie de l'Union subit réellement un préjudice. Si l'importance exigée n'est pas quantifiée¹²⁴⁹, les mesures d'application s'attachent à établir la situation difficile dans laquelle se trouve l'industrie et à constater « *la présence d'une situation réellement difficile pour* » cette dernière¹²⁵⁰. Non quantifiée, l'importance du préjudice est cependant bornée par deux concepts opposés : le préjudice important est moindre que le *préjudice grave* ; il excède le *préjudice négligeable*¹²⁵¹.

339. *L'examen objectif* doit d'abord porter sur le volume des importations et sur leur effet sur les prix.

Le règlement prévoit que l'examen du volume permet d'établir s'il y a eu une augmentation notable des importations faisant l'objet d'un dumping, soit en quantité absolue, soit par rapport à la production ou à la consommation dans l'Union. C'est à ce niveau qu'intervient le critère des volumes *de minimis*. Le préjudice est considéré comme négligeable, d'une part, lorsque le volume des importations considérées en provenance d'un pays particulier représente une part de marché de la consommation dans l'Union inférieure à 1% et, d'autre part, quand les volumes des importations de plusieurs pays représentent collectivement une part de marché inférieure à 3%¹²⁵². Les seuils *de minimis* du Code antidumping sont différents : les importations en dumping sont considérées comme *de minimis* si, venant d'un seul pays, elles représentent moins de 3% des importations totales et si, en provenance de plusieurs pays, elles représentent moins de 7% de ces dernières¹²⁵³. La différence concernant l'élément de référence pour établir les seuils *de minimis* (consommation communautaire *versus* importations totales) peut, selon les circonstances, favoriser leur dépassement. Mais, en pratique, les institutions européennes, respectant les dispositions du Code, considèrent le préjudice négligeable lorsque les seuils de ce dernier ne sont pas atteints, quand bien même ceux du règlement de base seraient dépassés.

¹²⁴⁸ Article 3, paragraphe 2, du règlement de base ; reprenant la formulation similaire de l'article 3.1 du Code.

¹²⁴⁹ Ni par le règlement de base, ni par le Code antidumping.

¹²⁵⁰ Pierre DIDIER, *Les principaux accords de l'OMC et leur transposition dans la Communauté européenne*, *op. cit.* ; ici p. 61. Contrairement à la législation américaine, le droit de l'Union ne se contente pas d'un préjudice qui n'est pas « *sans conséquence, sans réalité ou sans importance* » (v. 19 USC § 1677 (7) (A) : « *not inconsequential, immaterial or unimportant* »).

¹²⁵¹ V. *supra* n° 27.

¹²⁵² Articles 5, paragraphe 7, et 9, paragraphe 3, du règlement de base.

¹²⁵³ Article 5, paragraphe 8, du Code antidumping.

Quant à l'effet des importations en dumping sur les prix, il peut être mesuré par la sous-cotation notable des prix du produit en dumping par rapport aux prix de l'industrie de l'Union, ou par la dépression sensible de ces derniers, ou encore par l'obstacle notable à une hausse qui, sans cela, se serait produite. La sous-cotation est mesurée en comparant la moyenne des prix de vente des producteurs-exportateurs du pays considéré avec la moyenne des prix de vente dans l'Union du produit similaire de l'industrie de l'Union, nets de tous rabais et taxes, pris au même niveau commercial et ajustés des différences de conditions de paiement. Cette comparaison, pour être équitable, implique des ajustements, notamment pour différences de qualité¹²⁵⁴ ou de caractéristiques physiques entre les produits importés et les produits européens. La marge d'appréciation, large en ce domaine, peut donner lieu à des appréciations protectionnistes dont les conséquences seront d'autant plus sensibles que l'ampleur de la sous-cotation peut servir – outre à la détermination de l'existence d'un préjudice – à déterminer la marge de préjudice utilisée pour quantifier la réaction antidumping et la plafonner en application de la règle du droit moindre.

340. *L'examen objectif* doit ensuite porter sur l'incidence des importations en dumping sur l'industrie de l'Union. Cette incidence révèle également le lien de causalité entre ces importations et le préjudice. Doit être conduite « *une évaluation de tous les facteurs et indices économiques pertinents qui influent sur la situation* »¹²⁵⁵ de l'industrie européenne. La liste non exhaustive de ces indicateurs de préjudice comprend : « *l'importance de la marge de dumping effective* », « *la diminution effective et potentielle des ventes, des bénéfiques, de la production, de la part de marché, de la productivité, du rendement des investissements ou de l'utilisation des capacités* », les « *facteurs qui influent sur les prix* » et les « *effets négatifs, effectifs et potentiels, sur les flux de liquidités, les stocks, l'emploi, les salaires, la croissance,*

¹²⁵⁴ Le Tribunal estime que « *la question d'un ajustement du prix au titre de différences de qualité est essentiellement une question de perception par le consommateur, car ce qui importe pour la détermination d'un ajustement, dans le cadre de la détermination du préjudice dans une enquête antidumping, c'est le prix que le consommateur est prêt à payer pour les produits faisant l'objet d'un dumping par rapport à ceux fabriqués dans la Communauté et non pas les différences objectives entre ces produits* » : TPICE, 17 décembre 1997, *European Fertilizer Manufacturers Association (EFMA) c/ Conseil*, aff. T-121/95, *Rec.* p. II-2391 (pt 68) ; le pourvoi formé contre cet arrêt a été rejeté par CJCE, 21 septembre 2000, *European Fertilizer Manufacturers Association (EFMA) c/ Conseil et Commission*, aff. C-46/98 P, *Rec.* p. I-7079.

¹²⁵⁵ Article 3, paragraphe 5, du règlement de base.

l'aptitude à mobiliser les capitaux ou l'investissement »¹²⁵⁶. D'autres facteurs peuvent être pris en considération, tels que les fermetures d'usines et les délocalisations¹²⁵⁷.

341. Pour quantifier le préjudice subi par l'industrie de l'Union, les institutions calculent pour chaque exportateur, pour chaque type ou modèle de produit, une marge de préjudice égale à la différence entre le prix réel du produit importé dans l'Union et, soit le prix actuel moyen de l'industrie de l'Union (marge de sous-cotation – *undercutting margin*), soit un prix cible moyen (marge de vente – *underselling margin*¹²⁵⁸). Ce dernier est le prix théorique auquel les producteurs de l'Union plaignants « *devraient pouvoir vendre leur produit pour couvrir leurs coûts et obtenir un "return" suffisant pour financer la recherche et le développement, l'investissement, la rémunération du capital et un bénéfice* »¹²⁵⁹. À l'égard de ce prix cible, une première critique vise son niveau, déterminé sans égard pour une éventuelle productivité faible de l'industrie de l'Union, ce qui peut conduire à retenir une valeur excessive et, par suite, à établir une marge de préjudice exagérée. D'autant que la prise en compte d'un bénéfice raisonnable, jusqu'à 16%¹²⁶⁰, apparaît très favorable à l'industrie de l'Union.

Deux autres critiques peuvent être formulées à propos du prix actuel comme du prix cible. L'une provient de l'absence de prise en compte du fait que la différence entre prix actuel/prix cible et prix en dumping peut résulter d'autres facteurs que le dumping, tels que des coûts des exportateurs plus faibles, de meilleures politiques commerciales et/ou une monnaie dépréciée. L'autre porte sur la pratique de mise à zéro des marges négatives de préjudice qui résultent : 1) de la comparaison entre des transactions à l'exportation *individuelles* et le prix réel ou le prix cible *moyen* pondéré départ usine de l'industrie de l'Union (comparaison asymétrique) ; 2) ou de la comparaison entre le prix à l'exportation *moyen* pondéré des produits importés à ce même prix actuel ou cible *moyen* pondéré, par modèles ou types du produit, les

¹²⁵⁶ *Ibid.*

¹²⁵⁷ V., Ivo VAN BAEL et Jean-François BELLIS, *EU Anti-Dumping and Other Trade Defence Instruments*, 5^{ème} éd., *op. cit.* ; spéc. p. 319-320.

¹²⁵⁸ Pour ces expressions *marge de sous-cotation (undercutting margin)* et *marge de vente (underselling margin)*, v. le paragraphe 7.278 des versions française et anglaise du rapport du Groupe spécial CE – *Droits antidumping sur les accessoires de tuyauterie en fonte malléable en provenance du Brésil* (ci-après « CE – *Accessoires de tuyauterie* ») (WT/DS219/R).

¹²⁵⁹ Pierre DIDIER, *Les principaux accords de l'OMC et leur transposition dans la Communauté européenne*, *op. cit.* ; ici p. 63.

¹²⁶⁰ V., sur cette question, Ivo VAN BAEL et Jean-François BELLIS, *EU Anti-Dumping and Other Trade Defence Instruments*, 5^{ème} éd., *op. cit.* ; spéc. p. 404-405.

marges pouvant être négatives pour certains modèles ou types (comparaison symétrique). Lorsqu'il ressort de certaines de ces opérations de comparaison (asymétrique ou symétrique) une marge de non-préjudice, la ramener à zéro empêche cette marge négative de compenser, en tout ou partie, les marges positives obtenues d'autres comparaisons¹²⁶¹. Cette réduction à zéro tend ainsi à augmenter la marge de préjudice et, par suite, à permettre l'imposition d'un droit antidumping plus élevé qu'il ne le serait si les marges négatives n'étaient pas ainsi neutralisées¹²⁶².

Un autre facteur de biais réside dans le calcul du prix à l'importation aux fins de l'établissement de la sous-cotation. Dans l'affaire *Transnational Company "Kazchrome"* était posée la question du point de référence approprié pour déterminer ce prix : le point de dédouanement dans l'Union (thèse des requérantes), ou l'endroit par lequel les importations entrent pour la première fois sur le territoire terrestre de l'Union (thèse du Conseil). Si le Tribunal esquivait la question de principe en jugeant qu'il n'est pas « *nécessaire de prendre position sur le point de référence qui serait le plus approprié de manière générale* », il considère que, « *en l'espèce* », le Conseil a commis une erreur manifeste d'appréciation en retenant comme point de référence l'entrée sur le territoire de l'Union¹²⁶³.

342. En matière d'évaluation du préjudice important, des biais protectionnistes peuvent également provenir des situations de cumul. En effet, un cumul des effets des

¹²⁶¹ La pratique des institutions s'agissant de cette deuxième comparaison – symétrique par modèles ou types du produit – était contestée par le Brésil dans l'affaire *CE – Accessoires de tuyauterie* (WT/DS219/R, rapport du groupe spécial du 7 mars 2003). Le rapport du groupe spécial présente cette pratique et rapporte ses allégués effets inflationnistes sur la marge de préjudice aux paragraphes 7.273-7.275.

¹²⁶² Elle a, pourtant, été déclarée compatible avec le droit de l'OMC par le Groupe spécial *CE – Accessoires de tuyauterie* (WT/DS219/R), soulignant l'absence de prescription particulière dans le Code à cet égard, mise à part l'obligation de conduire une analyse impartiale et équitable de la sous-cotation des prix (paragraphe 7.276), soulignant qu'une « *méthode qui compense les prix sous-cotés par les prix "surcotés" aurait pour conséquence d'imposer à l'autorité chargée de l'enquête de conclure qu'il n'existait aucune sous-cotation du prix alors qu'en fait il pouvait y avoir un nombre considérable de ventes à des prix sous-cotés qui avaient pu avoir un effet préjudiciable sur la branche de production nationale* » (paragraphe 7.277) et refusant de transposer la solution dégagée à propos de la marge de dumping dans l'affaire *CE – Linge de lit* (préc. ; paragraphe 7.281) (sur cette dernière affaire, v. *infra* n° 375. Cette compatibilité n'a pas été contestée par le Brésil devant l'Organe d'appel saisi d'autres aspects du rapport du groupe spécial (v. Organe d'appel *CE – Accessoires de tuyauterie*, WT/DS219/AB/R, rapport du 22 juillet 2003).

¹²⁶³ Trib.UE, 30 novembre 2011, *Transnational Company "Kazchrome" AO e.a. c/ Conseil et Commission*, aff. T-107/08, *Rec.* p. II-8051 (pts 55-69).

importations en dumping en provenance de plusieurs pays¹²⁶⁴ est possible¹²⁶⁵ lorsque la marge de dumping pour chaque pays n'est pas *de minimis*¹²⁶⁶, lorsque le volume des importations en provenance de chaque pays n'est pas négligeable¹²⁶⁷, et lorsque, « *compte tenu des conditions de concurrence entre les produits importés et des conditions de concurrence entre les produits importés et le produit communautaire similaire* », ce cumul est approprié¹²⁶⁸. Ces trois conditions sont cumulatives. Mais la dernière, par son imprécision, est susceptible d'être appréciée avec souplesse afin de faciliter le recours au cumul. Or celui-ci permet de conclure à l'existence d'un préjudice dans des situations où, à défaut, les importations en provenance de certains pays ne seraient pas considérées comme préjudiciables. Si, en pratique, les conditions du cumul sont presque systématiquement jugées réunies, une application outrancièrement protectionniste du cumul semble cependant évitée¹²⁶⁹.

¹²⁶⁴ Le cumul du préjudice causé par les exportateurs d'un même pays est une pratique distincte qui ne paraît pas contestée. Dans l'Union, les effets de cette approche sont limités, en ce qui concerne les exportateurs, par l'établissement de marges de préjudice individuelles.

¹²⁶⁵ Possibilité confirmée par le Code antidumping de 1994 (article 3, paragraphe 3) qui, cependant, l'encadre par des conditions reprises dans le règlement de base (article 3, paragraphe 4).

¹²⁶⁶ Elle doit donc être supérieure à 2 % du prix à l'exportation (article 9, paragraphe 3).

¹²⁶⁷ Le volume des importations en provenance de chaque pays ne doit pas être inférieur à 1% de la consommation communautaire, sauf si collectivement les volumes de tous les pays concernés atteignent ou dépassent 3%. En pratique, les institutions vérifient que les importations de chacun des pays considérés dépassent 1%.

¹²⁶⁸ Article 3, paragraphe 4, b), du règlement de base.

¹²⁶⁹ Certes, le risque d'une telle application existe, mais la critique formulée par Pierre DIDIER, selon laquelle la pratique générale des institutions consisterait à cumuler chaque fois que la concurrence existe en théorie, c'est-à-dire lorsque des produits similaires sont simultanément sur le marché (Pierre DIDIER, « The WTO Anti-Dumping Code and EC Practice, Issues for Review in Trade Negotiations », préc. ; spéc. p. 47), paraît excessive, notamment à la lecture de mesures plus récentes : par exemple le règlement (CE) n° 306/2004 de la Commission, du 19 février 2004, instituant un droit antidumping provisoire sur les importations de polyéthylène téréphtalate originaire d'Australie, de la République populaire de Chine et du Pakistan, *JOUE* L 52, 21 février 2004, où la Commission relève trois éléments : le niveau de sous-cotation relativement similaire, les mêmes caractéristiques physiques et chimiques essentielles, des prix suivants la même tendance (paragraphe 109) ; et le règlement (CE) n° 1627/2003 de la Commission, du 17 septembre 2003, instituant un droit antidumping provisoire sur les importations de cyclamate de sodium originaire de la République populaire de Chine et d'Indonésie, *JOCE* L 232, 18 septembre 2003, p. 12, dans lequel la Commission souligne que les produits sont entièrement interchangeables et qu'ils sont vendus à des prix similaires et au même type de clients (paragraphe 54). Il est vrai que le cumul a rarement été considéré inapproprié (s'agissant d'un cas d'application du règlement de base (CE) n° 384/96, v. le règlement (CE) n° 2320/97 du Conseil, du 17 novembre 1997, *certaines tubes et tuyaux sans soudure*, *JOCE* L 322, 25 novembre 1997, p. 1, clôturant la procédure s'agissant d'un des pays concernés, dont les importations n'étaient pas cumulées à celles des autres pays (paragraphe 51), en particulier en raison des conditions de concurrence (dans une récente proposition de règlement instituant des droits antidumping sur *certaines produits laminés plats*, non adoptée par le Conseil (COM (2003) 84 final), la Commission avait accepté le non cumul des importations en provenance de Hongrie au motif que les conditions de concurrence, dans lesquelles les produits concernés étaient vendus dans la Communauté, étaient différentes de celles des autres opérateurs concernés (paragraphe 133 et 149) ;

343. Recèle également des occasions de biais protectionnistes la possibilité de réagir contre les importations faisant l'objet d'un dumping qui, sans causer un préjudice important actuel à l'industrie européenne, *menacent* de lui infliger un préjudice important ou retardent sensiblement sa création.

La menace de préjudice doit être constatée, selon les exigences de la législation de base, sur la base de faits, et non à partir de simples allégations, conjectures ou lointaines possibilités, et « *le changement de circonstances qui créerait une situation où le dumping causerait un préjudice doit être clairement prévisible et imminent* »¹²⁷⁰. La détermination d'une telle menace doit se faire en examinant divers facteurs qui, tous, doivent « *amener à conclure que d'autres exportations faisant l'objet d'un dumping sont imminentes et qu'un préjudice important se produira si des mesures de défense ne sont pas prises* »¹²⁷¹. En pratique, lorsqu'une menace de préjudice est déterminée, c'est généralement de manière combinée au constat d'un préjudice actuel. Un seul cas de menace de préjudice sans préjudice actuel est rapporté¹²⁷², et les critiques dirigées contre cette détermination d'une menace de préjudice ont été accueillies par le Tribunal. Constatant des « *incohérences et lacunes* » dans l'analyse des facteurs visés par le règlement de base, il a jugé que le Conseil avait violé l'article 3, paragraphe 9, dudit règlement en retenant l'existence d'une menace de préjudice, et il a annulé le règlement attaqué en ce qui concerne les exportations des produits de la requérante¹²⁷³.

Quant au retard sensible dans la création d'une industrie, que ni le Code antidumping ni le règlement de base ne définissent, il est rarement envisagé et ne semble avoir été retenu qu'en surplus d'un préjudice actuel établi¹²⁷⁴.

prises isolément, ces importations ne pouvaient pas avoir contribué de manière significative au préjudice important subi par l'industrie communautaire (paragraphe 189)

¹²⁷⁰ Article 3, paragraphe 9, du règlement de base, transposant l'article 3.7 du Code antidumping.

¹²⁷¹ *Ibid.*

¹²⁷² Ivo VAN BAEL et Jean-François BELLIS, *EU Anti-Dumping and Other Trade Defence Instruments*, 5^{ème} éd., *op. cit.* ; spéc. p. 321-323.

¹²⁷³ Trib.UE, 29 janvier 2014, *Hubei Xinyegang Steel Co. Ltd c/ Conseil*, aff. T-528/09, non encore publié au *Rec.* (pts 67-92). Le Conseil avait, en outre, commis une erreur manifeste d'appréciation en retenant que l'industrie communautaire était en situation vulnérable à la fin de la période d'enquête.

¹²⁷⁴ *Ibid.* ; spéc. p. 323.

B. Les répercussions protectionnistes de la détermination de l'existence d'un lien de causalité

344. Enfin, des biais protectionnistes peuvent être constatés au stade de l'imputation du préjudice important aux importations faisant l'objet d'un dumping, autrement dit de la vérification de l'existence d'un lien de causalité entre le préjudice constaté et les importations en dumping, étape finale de la détermination de l'existence d'un préjudice *lato sensu*¹²⁷⁵.

L'appréciation du lien de causalité implique deux examens distincts et successifs¹²⁷⁶ : le premier consiste en un *test positif* permettant d'établir qu'un préjudice autorisant la réaction antidumping est causé par les importations en dumping (c'est *l'analyse dite d'imputation*) (1°) ; lorsqu'il est concluant, il est suivi d'un second examen : un *test négatif* visant à s'assurer que ce préjudice n'est pas causé par d'autres facteurs et, notamment, que l'industrie de l'Union ne s'est pas auto-infligée le préjudice dont elle souffre – le lien de causalité *a priori* vérifié étant alors rompu par ces autres facteurs de préjudice (c'est *l'analyse dite de non-imputation*)¹²⁷⁷ (2°). Ces deux « analyses doivent être conduites de telle sorte qu'elles permettent de dissocier et de distinguer les effets dommageables des importations faisant l'objet d'un dumping de ceux causés par d'autres facteurs »¹²⁷⁸. Faute d'une dissociation et d'une distinction des différents effets dommageables, ceux des importations en dumping, et ceux des autres facteurs, les institutions n'ont « aucune base objective leur permettant de conclure

¹²⁷⁵ Comme expliqué *supra* note de bas de page n° 1032, la détermination de l'existence d'un lien de causalité, entre les importations faisant l'objet d'un dumping et le préjudice, pourrait être distinguée de celle de l'existence d'un préjudice. Mais le Code antidumping et le règlement de base traitant la question du lien de causalité dans le cadre de l'article intitulé « Détermination de l'existence d'un dommage/préjudice », il est possible et opportun de présenter la question du lien avec celle du préjudice *stricto sensu*, la première apparaissant comme un aspect de la détermination de l'existence d'un préjudice *lato sensu*.

¹²⁷⁶ Selon une jurisprudence répétée depuis l'arrêt *Extramet II*, « [l]ors de la détermination du préjudice, le Conseil et la Commission ont [...] l'obligation d'examiner si le préjudice qu'ils entendent retenir découle effectivement des importations qui ont fait l'objet d'un dumping et d'écarter tout préjudice découlant d'autres facteurs, et notamment celui qui aurait sa cause dans le comportement propre des producteurs communautaires » : CJCE, 11 juin 1992, *Extramet Industries c/ Conseil*, aff. C-358/89, *Rec.* p. I-3813 (pt 16).

¹²⁷⁷ Pour une claire distinction de ces deux examens, le second n'ayant lieu d'être effectué que si le premier conduit à l'établissement d'un lien de causalité : v. Trib.UE, 25 octobre 2011, *Transnational Company "Kazchrome" AO e.a. c/ Conseil*, aff. T-192/08, *Rec.* p. II-7449 (pts 28-40) ; et v. également les conclusions de l'avocat général SHARPSTON du 25 avril 2013 (pt 43), sous CJUE, 14 novembre 2013, *Conseil c/ Gul Ahmed Textile Mills Ltd*, aff. C-638/11 P, non encore publié au *Rec.*

¹²⁷⁸ Trib.UE, 25 octobre 2011, *Transnational Company "Kazchrome" AO e.a. c/ Conseil*, préc. (pt 38).

que les importations faisant l'objet d'un dumping causent réellement le dommage qui justifie l'imposition des droits antidumping »¹²⁷⁹.

1° La vérification d'un lien de causalité entre le préjudice et les importations en dumping

345. Le premier test consiste à vérifier que les volumes et/ou les niveaux de prix des importations en dumping ont un impact important sur l'industrie de l'Union. C'est le préjudice provoqué par les seules importations en dumping qui doit être important, les autres importations étant écartées. Les institutions doivent démontrer « *que les importations faisant l'objet d'un dumping causent un préjudice* »¹²⁸⁰.

À propos du premier test, il convient de souligner un double glissement. Le premier concerne la *nature* du lien de causalité. Alors que la rédaction de l'article VI du GATT supposait un lien de causalité très clair entre le dumping (l'effet du dumping) et le dommage¹²⁸¹, les Codes antidumping successifs ont marqué une dérive, et le Code actuel demande qu'il soit « *démontré que les importations faisant l'objet d'un dumping causent, par les effets du dumping, [...] un dommage* »¹²⁸². Ce glissement transparaît aussi dans le règlement de base qui exige que les « *importations faisant l'objet d'un dumping causent un préjudice* », sans même préciser que ce dernier doit résulter des effets du dumping lui-même. Ces modifications terminologiques ne sont pas sans incidence : elles témoignent, en effet, d'un passage de la *causalité* entre le dumping et le dommage (prévue à l'article VI) à une simple *contemporanéité* entre

¹²⁷⁹ Trib.UE, 27 septembre 2011, *Gul Ahmed Textile Mills Ltd c/ Conseil*, aff. T-199/04, *Rec.* p. II-321 (publication sommaire) (pt 53). Cette appréciation est conforme à celle de l'Organe d'appel *États-Unis – Mesures antidumping appliquées à certains produits en acier laminés à chaud en provenance du Japon*, rapport du 24 juillet 2011, WT/DS184/AB/R (paragraphe 223) : « *Pour qu'en appliquant l'article 3.5, les autorités chargées de l'enquête puissent faire en sorte que les effets dommageables des autres facteurs connus ne soient pas "imputés" aux importations faisant l'objet d'un dumping, elles doivent évaluer de manière adéquate les effets dommageables de ces autres facteurs. Logiquement, pour faire une telle évaluation, il faut dissocier et distinguer les effets dommageables des autres facteurs et les effets dommageables des importations faisant l'objet d'un dumping. Si les effets dommageables des importations faisant l'objet d'un dumping ne sont pas correctement dissociés et distingués des effets dommageables des autres facteurs, les autorités ne seront pas en mesure de conclure que le dommage qu'elles attribuent aux importations faisant l'objet d'un dumping est effectivement causé par ces importations, plutôt que par les autres facteurs. Ainsi, sans cette dissociation et cette distinction des différents effets dommageables, les autorités chargées de l'enquête n'auraient aucune base rationnelle leur permettant de conclure que les importations faisant l'objet d'un dumping causent bel et bien le dommage qui, en vertu de l'Accord antidumping, justifie l'imposition de droits antidumping.* ».

¹²⁸⁰ Article 3, paragraphe 6, du règlement de base ; transposant l'article 3.5 du Code antidumping.

¹²⁸¹ Article VI:1 et VI:2 du GATT.

¹²⁸² Article 3.5 du Code antidumping de 1994.

importations faisant l'objet d'un dumping et dommage¹²⁸³. À la causalité succède une simple coïncidence¹²⁸⁴. La démonstration que le volume et/ou les niveaux de prix des importations en dumping sont responsables d'un impact important sur l'industrie de l'Union suffit, quand bien même existeraient d'autres causes, plus importantes, de dommage à l'industrie¹²⁸⁵.

Le second glissement s'est opéré à l'égard de *l'intensité* du lien de causalité. Les importations en dumping doivent être la *cause* d'un préjudice, et non la *cause principale* de ce dernier. Le lien de causalité entre les importations en dumping et le dommage subi par la branche de production nationale, exigé par l'article VI:1 du GATT, fut interprété dans le premier Code antidumping adopté en 1967¹²⁸⁶ avec une rigueur aujourd'hui disparue. En effet, ce Code, et à sa suite le premier règlement de base, exigeaient que les importations faisant l'objet de dumping soient « *manifestement la cause principale* » d'un préjudice important¹²⁸⁷. Ce lien de causalité a été sensiblement atténué par le second Code adopté en 1979, et cette

¹²⁸³ V., Pierre DIDIER, *Les principaux accords de l'OMC et leur transposition dans la Communauté européenne*, op. cit. ; spéc. p. 62.

¹²⁸⁴ La Commission l'admet en expliquant dans son guide de présentation des plaintes antidumping, que l'exigence d'un lien de causalité « *ne signifie toutefois pas que les importations faisant l'objet d'un dumping doivent être la seule cause du préjudice subi. Le lien de causalité est généralement établi par une coïncidence entre une hausse des importations à des prix décroissants et une détérioration de la situation des plaignants, mise en évidence par l'évolution des indicateurs de préjudice* » (Comme. eur., *Plaintes antidumping : contenu et présentation*, document accessible sur le site Internet de la Commission : http://trade.ec.europa.eu/doclib/cfm/doclib_results.cfm?docId=112295, paragraphe 104, soulignement ajouté).

¹²⁸⁵ Ivo VAN BAEL et Jean-François BELLIS, *EU Anti-Dumping and Other Trade Defence Instruments*, 5^{ème} éd., op. cit. ; spéc. p. 335.

Le fait qu'il n'est pas requis que les importations en dumping soient la seule cause de dommage, et la circonstance que la condition de préjudice est souvent satisfaite lorsque le préjudice de l'industrie communautaire coïncide avec une augmentation des importations en dumping, sont soulignés par la Commission dans son document de travail accompagnant le *Vingt-septième rapport annuel sur les activités antidumping, antisubventions et de sauvegarde de la Communauté* (SEC(2009)1413, du 26 octobre 2009).

S'agissant de l'absence, dans l'actuel règlement de base, de la mention, pourtant présente dans les versions antérieures, selon laquelle le préjudice important doit être causé « *par les effets du dumping* », il ne faudrait pas y voir un assouplissement supplémentaire du lien de causalité, mais seulement une volonté de souligner la possibilité pour les institutions de conclure à l'existence d'un lien de causalité même lorsqu'il existe d'autres causes de préjudice plus importantes que les importations en dumping : v. Ivo VAN BAEL et Jean-François BELLIS, *Anti-Dumping and other Trade Protection Laws of the EC*, 3^{ème} éd., Bicester, CCH Editions Limited, 1996, 1012 p. ; spéc p. 186, ¶416.

¹²⁸⁶ *Accord relatif à la mise en œuvre de l'article VI de l'accord général sur les tarifs douaniers et le commerce*, établi le 30 juin 1967 et entré en vigueur le 1^{er} juillet 1968 (le Code antidumping de 1967).

¹²⁸⁷ Article 3, a), du Code antidumping de 1967 ; article 4, paragraphe 1, du règlement (CEE) n° 459/68 du Conseil, du 5 avril 1968, relatif à la défense contre les pratiques de dumping, primes ou subventions de la part de pays non membres de la Communauté économique européenne, *JOCE* L 93, 17 avril 1968, p. 1.

atténuation a été maintenue dans le Code de 1994. Depuis 1979, l'encadrement multilatéral considère suffisant que « *les importations faisant l'objet d'un dumping causent, par les effets du dumping* », un dommage important¹²⁸⁸. Si les règles de l'OMC et la législation de l'Union requièrent la non attribution aux importations en dumping du préjudice causé par d'autres facteurs, ni l'un ni l'autre n'exigent que le préjudice causé par les premières soit plus important que celui provoqué par ces derniers.

2° La prise en compte des autres facteurs de préjudice susceptibles de rompre le lien de causalité

346. Quant au second test (ou *analyse de non-imputation*) relatif aux *autres facteurs* de préjudice, l'importance de l'examen de ces derniers doit être soulignée. L'examen de ces autres facteurs doit permettre d'exclure que le préjudice causé par eux soit attribué aux importations en dumping¹²⁸⁹. Si une portion suffisante du préjudice leur est attribuée, le préjudice restant provoqué par les importations faisant l'objet de dumping peut s'avérer insuffisant pour être important au sens de la législation antidumping. Dans cette perspective, les autres facteurs semblent davantage influencer sur la constatation d'un préjudice important que sur le lien de causalité entre celui-ci et les importations en dumping. Mais c'est bien dans le cadre de l'analyse du lien de causalité que les mesures d'application envisagent ces autres facteurs. Ils y sont présentés comme susceptibles de *briser le lien de causalité* entre le préjudice subi par l'industrie de l'Union et les importations en dumping¹²⁹⁰. Par leur forte contribution à

¹²⁸⁸ Article 3.4 du Code antidumping de 1979 ; article 3.5 du Code antidumping de 1994.

¹²⁸⁹ V. article 3, paragraphe 7, du règlement de base : « *Les facteurs connus, autres que les importations faisant l'objet d'un dumping, qui, au même moment, causent un préjudice à l'industrie communautaire sont aussi examinés de manière à ce que le préjudice causé par ces autres facteurs ne soit pas attribué aux importations faisant l'objet d'un dumping* ». L'objectif du second test prévu par cet article est « *d'assurer que les importations faisant l'objet de l'enquête ne se verront pas attribuer les éventuels effets négatifs d'autres facteurs possibles ayant une incidence sur le préjudice subi respectivement par les industries communautaire ou nationale, afin que lesdites industries ne se voient pas conférer une protection allant au-delà de ce qui est nécessaire* » : Trib.UE, 27 septembre 2011, *Gul Ahmed Textile Mills Ltd c/ Conseil*, aff. T-199/04, préc. (pt 57).

¹²⁹⁰ V., par exemple : règlement (UE) n° 1072/2012 de la Commission, du 14 novembre 2012, instituant un droit antidumping provisoire sur les importations d'articles en céramique pour la table et la cuisine originaires de la République populaire de Chine, *JOUE* L 318, 15 novembre 2012, p. 28 (paragraphe 144 et 190).

la situation précaire de l'industrie de l'Union, ils rompent le lien de causalité entre les importations déloyales et le préjudice¹²⁹¹.

Par conséquent, de précises recherches et évaluations de ces autres facteurs – tels que les importations en provenance d'autres pays tiers – sont nécessaires pour éviter les biais protectionnistes en matière de détermination du préjudice *lato sensu*. Parmi les facteurs qui peuvent être considérés comme pertinents – l'énumération législative n'étant pas limitative¹²⁹² – figurent « *le volume et les prix des importations non vendues à des prix de dumping, la contraction de la demande ou les modifications de la configuration de la consommation, les pratiques commerciales restrictives des producteurs de pays tiers et communautaires et la concurrence entre ces mêmes producteurs, l'évolution des techniques, ainsi que les résultats à l'exportation et la productivité de l'industrie communautaire* ».

S'il n'est pas requis que l'analyse des autres facteurs de préjudice soit systématiquement collective, afin que l'objectif de ne pas imputer aux importations en dumping le préjudice causé par ces autres facteurs, il peut s'avérer nécessaire, dans certains circonstances, de les analyser collectivement : tel est notamment le cas lorsque qu'aucun des autres facteurs examinés, pris séparément, n'a un impact significatif sur le préjudice subi par l'industrie de l'Union, mais que, ensemble, ils ont occasionné un préjudice significatif¹²⁹³.

347. Une prise en compte adéquate des autres facteurs de préjudice est essentielle. Sa finalité est d'éviter la condamnation d'une pratique commerciale qui ne cause pas, elle-même, le préjudice effectivement subi par l'industrie domestique, ce dernier ayant des *causes étrangères* au dumping. Elle concourt de manière importante à la limitation des répercussions éventuellement protectionnistes de l'établissement du lien de causalité et, partant, de la détermination du préjudice *lato sensu*.

*

¹²⁹¹ CJCE, 3 septembre 2009, *Moser Baer India c/ Conseil*, aff. C-535/06 P, *Rec.* p. I-7051 (pt 88) ; affaire concernant des droits compensatoires, mais la solution est identique, à cet égard, en matière antidumping : v., d'ailleurs, rendu dans ce domaine, CJCE, 14 juillet 1995, *Koyo Seiko c/ Conseil*, aff. T-166/94, *Rec.* p. II-2129 (pt 81).

¹²⁹² V. article 3, paragraphe 7, du règlement de base, transposant la liste de l'article 3.5 du Code antidumping.

¹²⁹³ Trib.UE, 25 octobre 2011, *Transnational Company "Kazchrome" AO e.a. c/ Conseil*, préc. (pts 41-48) ; confirmé par la Cour sur pourvoi : CJUE, 19 décembre 2013, *Transnational Company "Kazchrome" AO e.a. c/ Conseil*, aff. C-10/12 P, non encore publié au *Rec.* (pts 48-57).

348. L'évaluation cumulative du préjudice, l'établissement du prix réel ou du prix cible de l'industrie de l'Union, la pratique de la mise à zéro des marges négatives de préjudice et l'application des conditions de constat d'une menace de préjudice ou d'un retard sensible dans la création d'une industrie, offrent aux institutions des occasions d'utilisation de leur pouvoir d'appréciation pour faciliter la détermination de l'existence d'un préjudice ou augmenter son ampleur et, par suite, la marge de préjudice. Un risque de constatation biaisé affecte également la détermination du lien de causalité, notamment lors de l'identification des autres facteurs de préjudices. Par la potentialité de tels biais, ces déterminations du préjudice et du lien de causalité sont aptes à teinter de protectionnisme la mise en œuvre de la législation antidumping. Effectuées dans le souci d'éviter la tentation protectionniste, elles favorisent, au contraire, une inclination concurrentielle de son application.

349. Ainsi, les étapes de la détermination de l'existence d'un préjudice *lato sensu*, au cours d'une phase d'enquête d'une procédure antidumping¹²⁹⁴, recèlent des situations et occasions nombreuses et variées de biais protectionnistes, à des degrés divers et de manière plus ou moins identifiable et mesurable. Si les possibilités d'appréciations favorisant l'apparition, ou l'ampleur, d'une marge de dumping se révèlent plus nombreuses que celles facilitant la détermination, ou l'ampleur, du préjudice, ces dernières ne doivent pas être négligées. Elles influent, en effet, sur l'importance de la réaction antidumping, plafonnée, en application de la règle du droit moindre, à ce qui est nécessaire, non pour neutraliser le dumping, mais pour contrebalancer le préjudice en résultant.

CONCLUSION DU CHAPITRE I

350. Le processus de détermination de l'existence d'un dumping préjudiciable à l'industrie de l'Union offre, par le grand nombre et la complexité de ses étapes, de nombreuses situations et occasions de biais protectionnistes, notamment en raison de la complexité des situations économiques, politiques et juridiques que les institutions

¹²⁹⁴ Une procédure antidumping peut comporter plusieurs enquêtes : l'enquête initiale, la (ou les) enquête(s) de réexamens (intermédiaire, à l'expiration, au titre d'un nouvel exportateur, etc.), l'enquête rouverte suite à un arrêt annulant une mesure adoptée, etc.

doivent examiner à chacune de ces étapes, pour lesquelles elles disposent d'un large pouvoir d'appréciation, de sorte que le juge européen ne peut exercer qu'un contrôle juridictionnel restreint¹²⁹⁵. Le contrôle du juge porte sur le respect des règles de procédure, l'exactitude matérielle des faits retenus, l'absence d'erreur manifeste dans l'appréciation de ces faits, l'absence d'erreur de droit et l'absence de détournement de pouvoir. Mais le caractère limité d'un tel contrôle juridictionnel « *n'implique pas que le juge de l'Union s'abstiennent de contrôler l'interprétation, par les institutions, de données de nature économique* » ; ainsi lui appartient-il « *de vérifier non seulement l'exactitude matérielle des éléments de preuve invoqués, leur fiabilité et leur cohérence, mais également de contrôler si ces éléments constituent l'ensemble des données pertinentes devant être prises en considération* »¹²⁹⁶. Par ailleurs, le respect des garanties procédurales est sérieusement vérifié et, le cas échéant, sanctionné¹²⁹⁷. Ainsi le contrôle juridictionnel s'avère-t-il réel et de plus en plus effectif, et les annulations d'actes d'exécution par le juge européen ne sont plus rares. Nonobstant, l'inévitable large marge d'appréciation des institutions demeure et a pour

¹²⁹⁵ V., notamment, CJCE, 7 mai 1987, *Nachi Fujikoshi Corporation c/ Conseil*, préc. (pt 21) (à propos du choix entre les différentes méthodes de calcul de la marge de dumping) ; TPICE, 30 mars 2000, *Miwon Co. Ltd c/ Conseil*, préc. (pt 42) et TPICE, 21 novembre 2002, *Kundan Industries Ltd et Tata International Ltd c/ Conseil*, préc. (pt 50) (s'agissant du prix à l'exportation) ; CJCE, 27 septembre 2007, *Ikea Wholesale Ltd*, préc. (pt 41) (à propos du choix entre différentes méthodes de calcul de la marge de dumping, ainsi que de l'appréciation de la valeur normale d'un produit et de la détermination de l'existence d'un préjudice).

¹²⁹⁶ Trib.UE, 29 janvier 2014, *Hubei Xinyegang Steel Co. Ltd c/ Conseil*, aff. T-528/09, non encore publié au *Rec.* (pt 53). Dans cet arrêt, le Tribunal reprend, explicitement, une jurisprudence développée initialement dans le contexte du droit de la concurrence, suivant ainsi l'invitation explicite de l'avocat général MINGOZZI dans l'affaire *Interpipe* (conclusions sous CJUE, 16 février 2012, *Conseil et Commission c/ Interpipe Niko Tube ZAT et Interpipe NTRP VAT*, aff. jtes C-191/09 P et C-200/09 P, publié au *Recueil numérique* (pts 104-107)). Mais ce n'est pas la première fois que le Tribunal effectue un tel contrôle : v. TPICE, 17 juin 2009, *Zhejiang Xinan Chemical Industrial Group Co. Ltd c/ Conseil*, aff. T-498/04, *Rec.* p. II-1969, et le rejet du pourvoi par CJUE, 19 juillet 2012, *Conseil c/ Zhejiang Xinan Chemical Industrial Group Co. Ltd*, aff. C-337/09 P, non encore publié au *Rec.* (mais la Cour s'était placée sur le terrain du respect des garanties conférées par l'ordre juridique de l'Union dans les procédures administratives, en l'occurrence l'obligation de tenir dûment compte des éléments de preuve pertinents apportés par le producteur (pt 107)). Dans ses conclusions sous cet arrêt, l'avocat général KOKOTT expliquait et approuvait la démarche du Tribunal, indiquant qu'elle ne constitue pas une substitution par le Tribunal de sa propre appréciation à celle du Conseil et de la Commission, mais d'une vérification par le juge de ce que ces institutions ont tenu compte de toutes les preuves pertinentes et de ce que les faits, tels qu'ils ressortent du dossier de la procédure, étaient de nature à soutenir leurs conclusions (v. pts 109-110). Par ailleurs, dans son arrêt *Interpipe*, la Cour avait validé le « *contrôle* », par le Tribunal, « *de la qualification juridique donnée par le Conseil et la Commission* ». contrôle qui l'avait conduit à constater que les éléments exposés par la Commission ne constituaient pas des indices susceptibles d'étayer la conclusions des institutions (CJUE, 16 février 2012, *Conseil et Commission c/ Interpipe Niko Tube ZAT et Interpipe NTRP VAT*, aff. jtes C-191/09 P et C-200/09 P, préc. ; pt 68).

¹²⁹⁷ V., sur ces questions : et Edwin VERMULST et Juhi SUD, « The European Union : an imperfect and time-consuming system », in : Müslüm YILMAZ (éd.), *Domestic Judicial Review of Trade Remedies, Experiences of the Most Active WTO Members*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013, p. 173-196 ; spéc. p. 190-192 ; et Ivo VAN BAEL et Jean-François BELLIS, *EU Anti-Dumping and Other Trade Defence Instruments*, 5^{ème} éd., *op. cit.* ; spéc. p. 615-618.

inéluçtable corolaire des occasions de déterminations protectionnistes. Enfin, en matière antidumping, le juge européen ne dispose d'aucune compétence de pleine juridiction qui lui permettrait de réformer les droits institués et les engagements acceptés¹²⁹⁸.

De l'existence des biais protectionnistes résulte un obstacle à la coexistence harmonieuse, à la compatibilité de l'action antidumping avec la politique de concurrence. Si la législation antidumping est susceptible d'être appliquée de manière biaisée en faveur de constatations de situations de dumping préjudiciable, ou d'exagérations de leur importance, le masque tombe : le protectionniste sous-jacent reste ; et l'objectif légitimant s'évanouit¹²⁹⁹. L'instrument de défense commerciale prétendument favorable à la loyauté dans la concurrence se transforme en intervention protectionniste de l'Union dans le commerce international. Seules des règles précises, couplées à une volonté politique d'éviter une utilisation de l'instrument antidumping à des fins protectionnistes, peuvent efficacement réduire les biais qui donnent à l'action antidumping une coloration protectionniste incompatible avec l'objectif d'établissement et de maintien d'une concurrence libre et non faussée.

¹²⁹⁸ Qui, rappelons-le, ne constituent pas des sanctions, mais des mesures de neutralisation du dumping préjudiciable constaté.

¹²⁹⁹ Cette phrase est inspirée de la formule de Jean-Jacques ROUSSEAU : « *Au moindre revers funeste, le masque tombe ; l'homme reste ; et le héros s'évanouit* », dans son *Ode à la fortune*.

CHAPITRE II – LE TRAITEMENT DES BIAIS PROTECTIONNISTES DANS LA DÉTERMINATION DU DUMPING PRÉJUDICIABLE

351. Les biais protectionnistes, dont les nombreuses situations et occasions ont été mises en évidence aux diverses et successives étapes conduisant à la détermination de l'existence d'un dumping préjudiciable à l'industrie de l'Union, peuvent et doivent être réduits dans la plus grande mesure possible. Les occasions de déterminations artificielles ou exagérées de l'existence d'un dumping préjudiciable sont certes, aujourd'hui, plus réduites que par le passé, en particulier grâce au renforcement de la discipline antidumping multilatérale au travers des Codes antidumping successifs¹³⁰⁰, transposés dans la législation de l'Union. Des modifications apportées aux règles et à la pratique antidumping de l'Union, quelquefois à l'initiative de ses propres institutions, mais essentiellement par transposition des règles du GATT de 1947 puis de l'OMC, et également par prise en considération de la jurisprudence des systèmes de règlement des différends de l'accord général puis de l'organisation mondiale, ont permis de réduire ces biais.

Si de réels progrès vers une action antidumping loyale et dépourvue de biais protectionnistes ont été accomplis grâce aux réductions de biais réalisées (**Section 1**), des modifications additionnelles à la législation de base et aux pratiques institutionnelles d'exécution peuvent être envisagées (**Section 2**).

Section 1 – Les réductions de biais protectionnistes réalisées

352. Les réductions de biais dans l'action antidumping de l'Union déjà effectuées qui peuvent être mises en évidence résultent, principalement, de la transposition de l'encadrement multilatéral et de la jurisprudence produite par les systèmes de

¹³⁰⁰ Les deux premiers codes antidumping étaient des accords plurilatéraux, contrairement au troisième code qui est un accord multilatéral. La distinction tient à ce que les premiers ne liaient pas toutes les parties au GATT, mais seulement celles parties à l'accord concerné, alors que le Code antidumping de 1994 lie tous les Membres de l'OMC. Pour autant, l'action antidumping étant, en premier lieu, encadrée par l'article VI du GATT, il nous semble possible – et plus commode d'un point de vue rédactionnel – d'utiliser l'expression *encadrement multilatéral* pour désigner aussi bien les règles du GATT (GATT de 1947 lui-même et deux premiers codes antidumping), que celles de l'OMC, qui encadrent l'action antidumping des pays parties à l'accord général, puis membre de l'organisation mondiale.

règlement des différends commerciaux internationaux. En effet, en sa qualité de partie au GATT de 1947 ainsi qu'aux premier et second codes antidumping, respectivement adoptés en 1967 et en 1979, la Communauté était liée par les dispositions de l'accord général et par celles des codes¹³⁰¹. En tant que Membre de l'OMC, l'Union est tenue de respecter les dispositions du GATT de 1994 et celles du Code antidumping de 1994 qui, à l'instar de ses prédécesseurs, interprète les dispositions de l'article VI du GATT et en expose les règles de mise en œuvre. Ainsi les termes de ce Code sont-ils transposés¹³⁰² dans la législation antidumping de l'Union¹³⁰³.

En cette même qualité de partie au *système GATT*, la Communauté était également tenue par les recommandations et décisions des rapports des groupes spéciaux du GATT de 1947, rendus dans le cadre des différends auxquels elle était défendeur, et adoptés selon les procédures prévues à cet effet. En tant que Membre de l'OMC, l'Union est liée par les recommandations et décisions des rapports des groupes spéciaux et de l'Organe d'appel, adoptés par l'ORD de l'OMC, rendus dans le cadre des différends portés contre elle devant les premiers et, le cas échéant, par voie d'appel devant le second.

353. Les développements à suivre ne prétendent pas identifier et décrire de manière exhaustive les réductions du biais consécutives à l'adoption des Codes antidumping réalisées, mais tendent seulement à mettre en évidence, notamment à travers

¹³⁰¹ L'article 14 du Code antidumping de 1967 dispose : « *Chacune des parties au présent Accord prendra toutes mesures, générales ou particulières, nécessaires pour que, au plus tard le jour où ledit Accord entrera en vigueur en ce qui la concerne, ses lois, règlements et procédures administratives soient conformes aux dispositions du Code antidumping* ». L'article 16.6.a) du Code antidumping de 1979 dispose : « *Chaque gouvernement qui acceptera le présent accord ou qui y accèdera prendra toutes les mesures nécessaires, de caractère général ou particulier, pour assurer, au plus tard à la date où ledit accord entrera en vigueur en ce qui le concerne, la conformité de ses lois, règlements et procédures administratives avec les dispositions dudit accord, dans la mesure où elles pourront s'appliquer à la Partie en question* ».

¹³⁰² Le considérant n° 3 du règlement de base (CE) n° 1225/2009 indique, en effet, qu' « *il convient de transposer, dans toute la mesure du possible, les termes de l'accord dans le droit communautaire* » (il reprend des considérants des règlements de base adoptés en 1994 et 1996).

¹³⁰³ L'article 18.4 du Code antidumping de 1994 dispose : « *Chaque Membre prendra toutes les mesures nécessaires, de caractère général ou particulier, pour assurer, au plus tard à la date où l'Accord sur l'OMC entrera en vigueur pour lui, la conformité de ses lois, réglementations et procédures administratives avec les dispositions du présent accord, dans la mesure où elles pourront s'appliquer au Membre en question* ». Il énonce une « *obligation positive de mettre sa législation en conformité avec les dispositions de l'Accord antidumping* » : Organe d'appel États-Unis – *Loi antidumping de 1916*, rapport du 28 août 2000, WT/DS136/AB/R et WT/DS162/AB/R (paragraphe 78).

l'exemple du Code antidumping de 1994¹³⁰⁴, l'aptitude concrète des codes à réduire de tels biais, en eux-mêmes et tels qu'interprétés à l'occasion des différends. Ainsi, une présentation du rôle des systèmes de règlements des différends en matière de réduction des biais protectionnistes (§ II.) succédera à un exposé de l'aptitude des règles du GATT, puis de l'OMC, à réduire les biais (§ I.).

§ I. Les réductions de biais résultant de la discipline multilatérale

354. De manière générale, les trois codes antidumping successifs ont poursuivi un objectif de clarification des principes de base définis à l'article VI du GATT et répondu à un besoin de précision de ces principes par des règles plus précises, permettant de cantonner l'activité antidumping aux véritables situations de dumping préjudiciable.

Ainsi le préambule du premier Code antidumping soulignait-il que « *les pratiques anti-dumping ne devraient pas constituer un obstacle injustifiable au commerce international* ». Il mentionnait la volonté des parties au Code d'« *interpréter* », au moyen de celui-ci, « *les dispositions de l'article VI de l'Accord général et [d']élaborer des règles pour leur application en vue d'atteindre une uniformité et une certitude accrues dans leur mise en œuvre* ». Le préambule du deuxième Code réitérait cet objectif et cette volonté¹³⁰⁵. Ils demeurent actuels, nonobstant l'absence de préambule dans le troisième Code, adopté à l'issue des négociations commerciales multilatérales du Cycle de l'Uruguay¹³⁰⁶.

¹³⁰⁴ Transposé par l'éphémère règlement de base (CE) n° 3283/94, puis par son remplaçant, le règlement de base (CE) n° 384/96, désormais codifié, tel que modifié, dans le règlement de base (CE) n° 1225/2009.

¹³⁰⁵ Ainsi peut-on y lire que les parties au Code, « *[r]econnaissant que les méthodes de lutte contre le dumping ne devraient pas constituer une entrave injustifiable au commerce international* », sont « *[d]ésireuses d'interpréter les dispositions de l'article VI de l'accord général sur les tarifs douaniers et le commerce [...] et d'élaborer des règles pour leur application en vue d'assurer plus d'uniformité et de certitude dans leur mise en œuvre* ». Pierre DIDIER explique que les codes « *furent, pour l'essentiel, inspirés par les États membres de la C.E.E qui souhaitaient contenir les interprétations unilatérales des États-Unis et une application musclée de la loi américaine à leur égard* », ce dont témoignent les considérants des préambules des deux premiers Codes antidumping : v. « *Le Code anti-dumping du cycle de l'Uruguay : impact dans la Communauté* », *CDE*, 1994, p. 251-326 ; ici p. 253. Ce souci de contenir l'action américaine persistait lors des négociations du Cycle de l'Uruguay mais la Communauté européenne se trouvait alors aussi dans la situation de vouloir renforcer ses moyens de défense contre des pays asiatiques et de l'Europe de l'est (*ibid.*).

¹³⁰⁶ L'Organe d'appel a souligné qu'il interprète les dispositions de l'article VI du GATT : v. le rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Loi antidumping de 1916*, 28 août 2000, WT/DS136/AB/R et WT/DS162/AB/R (paragraphe 124 : « *les seules dispositions du GATT de 1994 "interprétées" par*

Aux moyens des précisions apportées par ces trois accords, ont été réduites les marges d'appréciation et les incertitudes dans l'application de l'article VI du GATT et, par conséquent, les situations et occasions de mises en œuvre biaisées des législations antidumping. En particulier, l'adoption du troisième Code antidumping a provoqué des modifications de la législation antidumping de la Communauté qui ont atténué ses inclinations protectionnistes, en réduisant certains biais dans les règles de détermination des valeurs à comparer – valeur normale et prix à l'exportation (**A.**) – et de calcul de la marge de dumping (**B.**).

A. Les réductions de biais en matière de détermination des valeurs à comparer

355. Tandis que quelques modifications ont permis de réduire les occasions de surévaluation de la valeur normale (**1°**), d'autres changements ont réduit les risques de minoration du prix à l'exportation (**2°**).

1° Les biais réduits pour l'établissement de la valeur normale

356. À propos de la détermination de la valeur normale, le Code antidumping de 1994 contient des précisions de deux ordres susceptibles de réduire les biais lors de cette opération.

357. En premier lieu, il offre pour la première fois une définition des *opérations commerciales anormales en raison de leur prix* et réglemente leur exclusion du calcul de la valeur normale¹³⁰⁷. Peuvent être qualifiées d'anormales les ventes à perte « effectuées sur une longue période en quantités substantielles et à des prix qui ne permettent pas de couvrir tous les frais dans un délai raisonnable »¹³⁰⁸. Les trois conditions cumulatives ainsi énoncées sont explicitées par le Code¹³⁰⁹ ; elles ont été reprises presque textuellement dans la législation antidumping adoptée à sa suite par

l'Accord antidumping sont les dispositions de l'article VI qui concerne le dumping » ; v., également, le paragraphe 126).

¹³⁰⁷ Qu'il s'agisse des ventes domestiques – dans le cadre de la méthode de principe du prix domestique – ou des ventes à l'exportation vers un pays tiers – en cas de recours à la méthode alternative du prix à l'exportation vers un pays tiers.

¹³⁰⁸ Article 2.2.1 du Code antidumping.

¹³⁰⁹ V. l'article 2.2.1, *in fine* (pour la 3^{ème} condition), et les notes en bas de page n° 4 et 5 (pour, respectivement, les 1^{ère} et 2^{ème} conditions) sous cette disposition du Code antidumping.

la Communauté¹³¹⁰, ce qui a renforcé les conditions d'anormalité en raison du prix existantes dans le précédent règlement de base¹³¹¹. La pratique des institutions communautaires en matière d'opérations commerciales anormales par les prix, contestée par la Norvège, a été approuvée par un Groupe spécial dans l'affaire du *saumon d'élevage norvégien*¹³¹².

358. En second lieu, pour la première fois également, le Code antidumping de 1994 prévoit la possibilité, en matière d'établissement des frais de production¹³¹³, d'effectuer des ajustements pour frais non renouvelables¹³¹⁴ et pour opérations de démarrage¹³¹⁵. Les législations européennes de base adoptées en 1994 et ultérieurement prévoient de tels ajustements¹³¹⁶, contrairement aux règlements de base antérieurs. Était jusqu'alors exclue la prise en compte du fait que, lors du démarrage d'une nouvelle production, les frais peuvent être provisoirement très élevés et non couverts par les premières ventes¹³¹⁷. Désormais, un ajustement des frais de production peut être effectué. Dans ce cas, « *les frais moyens de la période de démarrage sont ceux appliqués à la fin de cette phase* »¹³¹⁸ (et non pas les frais au moment de la production, ni une moyenne pondérée des frais au cours de toute la

¹³¹⁰ V., actuellement, article 2, paragraphe 4, du règlement de base. V., sur ces questions, *supra* n° 295 et s.

¹³¹¹ Article 2, paragraphe 4, du règlement (CEE) n° 2423/88 du Conseil, du 11 juillet 1988, relatif à la défense contre les importations qui font l'objet d'un dumping ou d'une subvention de la part de pays non membres de la Communauté économique européenne, *JOCE* L 209, 2 août 1988, p. 1. Ces conditions étaient visiblement très facilement satisfaites puisque Pierre DIDIER expliquait, en 1994, que « *la Communauté [...] actuellement, exclut des calculs de la valeur normale chaque transaction à perte* » (« Le Code anti-dumping du cycle de l'Uruguay : impact dans la Communauté », *CDE*, 1994, p. 251-326 ; ici p. 261).

¹³¹² Groupe spécial *Communautés européennes – Mesure antidumping visant le saumon d'élevage en provenance du Norvège*, rapport du 16 novembre 2007, WT/DS337/R (paragraphe 7.206 à 7.279).

¹³¹³ L'établissement des frais de production concerne la construction de la valeur normale mais aussi la qualification d'une vente en opérations commerciales anormales.

¹³¹⁴ Frais qui « *peuvent s'entendre* », selon le Groupe spécial *Communautés européennes – Mesure antidumping visant le saumon d'élevage en provenance du Norvège*, comme « *des frais qui ne sont ni répétés ni engagés sur une base régulière. Ils peuvent être liés à des transactions ponctuelles y compris l'achat d'installation et de biens d'équipement* » (paragraphe 7.255).

¹³¹⁵ Le Groupe spécial *Communautés européennes – Mesure antidumping visant le saumon d'élevage en provenance du Norvège*, a expliqué que : « *[I]es frais de démarrage peuvent être définis comme étant des frais spécifiquement engagés afin de lancer une nouvelle activité commerciale ou ligne de produit. Lorsqu'ils sont engagés pendant la période couverte par l'enquête, les frais de démarrage peuvent avoir pour effet d'accroître les coûts de productions moyens* » (paragraphe 7.254).

¹³¹⁶ Mécanisme d'ajustement prévu dans la dernière phrase de l'article 2.2.1.1 et la note n° 6 du Code antidumping ; et à l'article 2, paragraphe 5, alinéa 4, du règlement de base.

¹³¹⁷ V., à cet égard, et pour une critique de cette absence de prise en compte, Pierre DIDIER, « Le Code anti-dumping du cycle de l'Uruguay : impact dans la Communauté », préc. ; spéc. p. 262 et note en bas de page n° 23.

¹³¹⁸ Article 2, paragraphe 5, 4^{ème} alinéa, du règlement de base.

période), autrement dit à un moment « *où la production est la plus proche de sa vitesse de croisière* »¹³¹⁹. Le règlement de base précise que la durée de cette phase de démarrage est déterminée en fonction des circonstances propres au producteur-exportateur concerné, sans dépasser « *une partie initiale appropriée de la période nécessaire à la couverture des coûts* »¹³²⁰. Si cette phase de démarrage se termine au-delà de la période d'enquête, les coûts à la fin de cette phase peuvent néanmoins être pris en compte, si les informations pertinentes sont fournies aux institutions « *avant les visites de vérifications et dans les trois mois à compter de l'ouverture de l'enquête* »¹³²¹.

L'ajustement pour les opérations de démarrage permet d'éviter la prise en compte de coûts de production anormalement élevés au début d'une production nouvelle. Mais les progrès concernant cet ajustement ne sont que partiels. En prévoyant un ajustement « *en fonction [...] des circonstances dans lesquelles les frais [de production] ont été affectés [...] par des opérations de démarrage d'une production* », le Code ne semble viser que les frais liés à de nouvelles installations ou à de nouveaux produits, et non pas les frais de vente et de publicité, qui peuvent pourtant être importants lors du lancement de nouveaux produits. Par ailleurs, la pratique des institutions communautaires serait restrictive, en ce qu'elle ne tiendrait compte que des frais liés à de nouvelles installations, et non pas de ceux générés par le lancement de nouveaux produits dans des installations existantes¹³²².

359. Toujours s'agissant de la valeur normale, la transposition du Code par la Communauté créait, en revanche, une occasion de biais en matière d'établissement

¹³¹⁹ Pierre DIDIER, *Les principaux accords de l'OMC et leur transposition dans la Communauté européenne, I, Les Instruments de Politique Commerciale, Dumping, Subventions, Sauvegardes - Les marchés publics*, Bruxelles, Bruylant, 1997, 646 p. ; ici p. 26.

¹³²⁰ Article 2, paragraphe 5, 4^{ème} alinéa, du règlement de base. Cette précision quant à la durée de la phase de démarrage ne figure pas dans le Code antidumping, silencieux sur ce point, contrairement au Code antisubventions, qui limite la durée de la phase de démarrage à un an (annexe IV, paragraphe 4, dudit Code).

¹³²¹ Cette condition énoncée à l'article 2, paragraphe 5, 4^{ème} alinéa, *in fine*, du règlement de base est la manière dont la Communauté a mis en œuvre la note en bas de page n° 6 du Code antidumping qui prescrit la prise en compte des frais au-delà de la période d'enquête « *que les autorités peuvent raisonnablement prendre en compte au cours de l'enquête* ».

¹³²² V., à cet égard, Pierre DIDIER, « The WTO Anti-Dumping Code and EC Practice, Issues for Review in Trade Negotiations », *JWT*, vol. 35, n° 1, 2001, p. 33-54 ; spéc. p. 38 : il soulignait que le questionnaire adressé aux producteurs n'envisage d'ajustement que pour les coûts d'utilisation de nouvelles installations de production, et ne soulève aucune question concernant les coûts de recherche et développement ni les coûts de production de nouveaux produits dans d'anciennes installations ; ces remarques sont toujours pertinentes à la lecture du modèle de questionnaire communiqué par la Commission, en novembre 2012, dans le cadre de l'accès aux documents.

des « *frais de ventes, dépenses administratives et autres frais généraux* » – les frais VAG¹³²³ – et d'évaluation de la « *marge bénéficiaire raisonnable* ».

Pour l'établissement de ces frais VAG et bénéfiques, le Code exige que la méthode de principe soit celle des frais et bénéfiques réels, tout en prévoyant trois méthodes subsidiaires¹³²⁴. L'imprécision du second Code antidumping, qui se bornait à indiquer, à propos des seuls bénéfiques, que la majoration ne devait pas excéder « *le bénéfice normalement réalisé lors de ventes de produits de la même catégorie générale sur le marché intérieur du pays d'origine* »¹³²⁵, avait permis aux États-Unis de recourir à des frais et bénéfiques *minima* règlementaires, considérés comme plus élevés que les frais et bénéfiques réels¹³²⁶. S'agissant de ces frais VAG et des bénéfiques, le règlement de base adopté en 1988 avait déjà introduit dans la législation communautaire cette méthode de principe et les trois méthodes subsidiaires énoncées dans le Code de 1994, ce qui rendait l'approche communautaire apparemment moins protectionniste que la pratique américaine.

Cependant, l'ordre établi entre les méthodes subsidiaires par le législateur communautaire en 1988, et maintenu dans les règlements de base adoptés postérieurement à la signature du Code de 1994, ne suit pas celui retenu par ce dernier. Cette différence aurait une incidence en ce qu'elle conduirait les institutions à privilégier l'établissement des frais VAG et des bénéfiques des producteurs-exportateurs accusés de dumping sur la base de ceux des autres producteurs-exportateurs, autrement dit de ceux de leurs concurrents domestiques, au détriment d'un calcul sur la base des frais VAG et bénéfiques engagés ou obtenus par ces

¹³²³ Cette détermination des frais VAG est pertinente aussi bien pour la construction de la valeur normale que pour la qualification d'opérations commerciales anormales. Au contraire, l'établissement de la marge bénéficiaire raisonnable ne concerne que la construction de la valeur normale.

¹³²⁴ Ce faisant, il reprit les demandes de nombreuses délégations lors du Cycle de l'Uruguay : v., sur cette reprise, Mark KOULEN, « The New Anti-Dumping Code through its Negotiating History », p. 151-232, in : Jacques H. J. BOURGEOIS, Frédérique BERROD et Eric GIPPINI FOURNIER (éds.), *The Uruguay Round Results, A European Lawyers' Perspective* (College of Europe, Bruges), Bruxelles, European Interuniversity Press, 1995 ; spéc. p. 170.

¹³²⁵ L'article 2, paragraphe 4, du règlement de base (CEE) n° 2176/84 (3^{ème} règlement antidumping de base), suivait cette approche (règlement du Conseil, du 23 juillet 1984, relatif à la défense contre les importations qui font l'objet d'un dumping ou de subventions de la part de pays non membres de la Communauté économique européenne, *JOCE* L 201, 30 juillet 1984, p. 1).

¹³²⁶ Mais Pierre DIDIER explique, au contraire, que le « *bénéfice "normal" est souvent plus élevé que le minimum prévu par la loi américaine* » (*Les principaux accords de l'OMC et leur transposition dans la Communauté européenne, I, op. cit.* ; ici p. 24). Ce bénéfice *normal* est celui résultant de la prise en compte des données réelles concernant les seules ventes réalisées au cours d'opérations commerciales normales, c'est-à-dire des seules ventes bénéficiaires, pratique de la Communauté que le Code antidumping valide (v. article 2.2.2.).

producteurs-exportateurs mis en cause pour leurs productions et ventes de la même catégorie générale de produits. Cette approche serait déloyale et ce biais, préexistant au Code de 1994, aurait dû être réduit par une transposition fidèle de ce dernier. Il l'a finalement été, suite à une condamnation par l'ORD de cet aspect de la législation antidumping européenne¹³²⁷.

2° Les biais réduits pour l'établissement du prix à l'exportation

360. En matière d'établissement du prix à l'exportation¹³²⁸, s'alignant enfin sur les Codes antidumping successifs, le législateur communautaire a finalement renoncé¹³²⁹ à une troisième situation de non-fiabilité du prix à l'exportation qui figurait dans la législation de base de 1988 et dont la légalité au regard du Code antidumping de 1979 était discutable¹³³⁰. La législation permettait, en effet, la construction du prix à l'exportation lorsque, « *pour d'autres raisons*¹³³¹, le prix réellement payé ou à payer pour le produit vendu à l'exportation vers la Communauté ne peut servir de référence »¹³³². L'absence de définition et d'exemplification de ces « *autres raisons* » conférait aux institutions une marge d'appréciation non bornée qui pouvait être utilisée de manière biaisée afin de recourir à la construction du prix à l'exportation¹³³³, opération qui offre de nombreuses occasions de sous-évaluation de cette valeur.

B. Les réductions de biais en matière de comparaison des valeurs déterminées

361. La transposition du troisième Code antidumping dans la législation européenne a également permis des réductions de biais dans la comparaison du prix à

¹³²⁷ Sur la *condamnation* de cette pratique communautaire par l'Organe d'appel CE – *Linge de lit* (préc.), v. *infra* n° 372.

¹³²⁸ V. *supra* n° 303 et s.

¹³²⁹ Dans l'éphémère règlement de transposition adopté fin 1994 et dans les règlements de base ultérieurs.

¹³³⁰ V. Pierre DIDIER, expliquant que « [c]ette faculté, dont la légalité au regard du Code était douteuse, a disparu du Règlement (CE) n° 384/96 » (in : *Les principaux accords de l'OMC et leur transposition dans la Communauté, I, op. cit.* ; ici p. 34).

¹³³¹ Les deux autres raisons – toujours présentes dans la législation antidumping – étant 1) l'absence de prix à l'exportation et 2) l'existence d'une association ou d'un arrangement de compensation entre l'exportateur et l'importateur ou un tiers.

¹³³² Article 2, paragraphe 8, b), du règlement (CEE) n° 2423/88, préc.

¹³³³ Aucun exemple d'application n'est rapporté dans les ouvrages, antérieurs à 1994, qui exposent cette troisième circonstance : v. Ivo VAN BAEL et Jean-François BELLIS, *Anti-Dumping and other Trade Protection Laws of the EEC*, 2^{ème} éd., Bicester, CCH Editions Limited, 1991, 761 p. ; spéc. p. 78.

l'exportation à la valeur normale, d'une part en matière d'ajustements¹³³⁴ (1°), et d'autre part lors du calcul de la marge de dumping (2°).

1° Les biais réduits dans les ajustements nécessaires à l'équité de la comparaison

362. L'exigence de comparaison équitable par le recours aux ajustements sort renforcée de la transposition du troisième Code dans la législation européenne. Dans un contexte de fortes critiques d'une pratique communautaire antérieure jugée excessivement restrictive et protectionniste en matière d'ajustements¹³³⁵, cinq modifications apportées au règlement de base ont réduit les situations et occasions de biais protectionnistes dans ce domaine.

En premier lieu, alors que le règlement de base de 1988 prévoyait des ajustements « *aux fins d'une comparaison valable* »¹³³⁶, les règles adoptées à partir de 1994, reprenant la formulation du Code, indiquent clairement que les institutions doivent procéder « *à une comparaison équitable* »¹³³⁷. Compte tenu de la dérive de la pratique communautaire (vers une comparaison fréquemment inéquitable), l'accent ainsi porté sur l'exigence de comparaison équitable n'est pas fortuit. D'autant que, en deuxième lieu, a été supprimée la soumission de l'acceptation d'un ajustement à son incidence non négligeable¹³³⁸.

Une troisième modification a visé la charge de la preuve. Alors que son prédécesseur était silencieux sur cette question, le Code de 1994 prévoit que « *les autorités indiqueront aux parties en question quels renseignements sont nécessaires pour assurer une comparaison équitable, et la charge de la preuve qu'elles imposeront à ces parties ne sera pas déraisonnable* ». Dans la législation de transposition disparaît la disposition selon laquelle, « *lorsqu'une partie intéressée réclame un ajustement,*

¹³³⁴ La question des ajustements avait été l'une des plus débattues au cours du Cycle de l'Uruguay, d'après Ivo VAN BAEL et Jean-François BELLIS, *Anti-Dumping and other Trade Protection Laws of the EC*, 3^{ème} éd., Bicester, CCH Editions Limited, 1996, 1012 p. ; spéc. p. 115.

¹³³⁵ V. Pierre DIDIER, *Les principaux accords de l'OMC et leur transposition dans la Communauté, I*, *op. cit.* ; spéc. p. 38 et s.

¹³³⁶ Article 2, paragraphe 9, a), du règlement (CEE) n° 2423/88, préc.

¹³³⁷ Article 2, paragraphe 10, du règlement de base et article 2.4 du Code. Il est vrai que le 5^{ème} considérant du préambule du règlement (CEE) n° 2423/88 traitait des ajustements en vue d'« *assurer une comparaison équitable* », mais l'introduction du mot *équitable* dans les dispositions du règlement, elles-mêmes, paraît souligner l'exigence de comparaison équitable.

¹³³⁸ Tel était le cas, d'une manière générale, lorsqu'un ajustement individuel avait un effet *ad valorem* supérieur à 0,5% du prix ou de la valeur de la transaction concernée : v. article 2, paragraphe 10, e), du règlement (CEE) n° 2423/88, préc.

elle doit prouver que sa demande est justifiée »¹³³⁹. Désormais, il faut tenir compte, « *sous forme d'ajustements, des différences constatées dans les facteurs dont il est revendiqué et démontré qu'ils affectent les prix et, partant, leur comparabilité* »¹³⁴⁰. Cette formulation, plus ouverte s'agissant de la personne sur laquelle pèse la charge de la preuve, ouvrirait plus nettement la voie aux ajustements à l'initiative des institutions. Par ailleurs, en incitant les autorités antidumping à adopter un rôle actif en matière d'ajustements, le Code antidumping permet d'améliorer le traitement des ajustements et, partant, d'accroître l'équité de la comparaison¹³⁴¹.

363. Les changements les plus notables concernent les *facteurs* au titre desquels un ajustement peut être opéré, objet d'une approche restrictive des institutions sur laquelle se concentraient les reproches d'absence d'équité dans la comparaison. Ainsi, la quatrième modification porte sur le sulfureux ajustement pour différence de stade commercial. Introduite dans l'encadrement multilatéral dès l'origine¹³⁴², l'exigence de comparaison au même stade commercial avait été reprise dans le premier règlement de base. Maintenue dans les règlements suivants, elle avait disparu, sans explication, du quatrième règlement de base adopté en 1988. Ainsi, parmi les règles générales en matière de comparaison, ne figurait plus la règle selon laquelle la comparaison devrait être effectuée « *au même stade commercial* ». Par ailleurs, la possibilité d'un d'ajustement pour différences de stade commercial introduite dans le deuxième règlement de base¹³⁴³ avait perdu son caractère autonome dans son successeur. Un tel ajustement n'était plus autonome mais incorporé dans l'ajustement pour différences dans les conditions de vente¹³⁴⁴, avec pour conséquence une prise en compte des différences de niveaux de commerce seulement dans les cas

¹³³⁹ Article 2, paragraphe 9, b), du règlement (CEE) n° 2423/88.

¹³⁴⁰ Article 2, paragraphe 10, de l'actuel règlement de base.

¹³⁴¹ Sur cette question de la charge de la preuve, v. *supra* n° 319-320.

¹³⁴² Le premier et le second codes énonçaient la règle de comparaison au même stade et exigeaient la prise en compte « *des différences dans les conditions de vente, des différences de taxation et des autres différences affectant la comparabilité des prix* ».

¹³⁴³ Règlement (CEE) n° 3017/79 du Conseil, du 20 décembre 1979, relatif à la défense contre les importations qui font l'objet de "dumping" ou de subventions de la part de pays non membres de la Communauté économique européenne, *JOCE* L 339, 31 décembre 1979, p. 1, article 2, paragraphe 10, d).

¹³⁴⁴ Règlement (CEE) n° 2176/84 du Conseil, du 23 juillet 1984, relatif à la défense contre les importations qui font l'objet d'un dumping ou de subventions de la part de pays non membres de la Communauté économique européenne, préc. (3^{ème} règlement de base) : article 2, paragraphe 10, c).

les plus extrêmes¹³⁴⁵. Dans le quatrième règlement, un ajustement était prévu pour différence relative aux frais de ventes « *résultant de ventes réalisées à différents stades commerciaux* »¹³⁴⁶.

Reprenant l'obligation générale de ses prédécesseurs, le troisième Code vise désormais, comme facteur d'ajustement, les différences « *entre les niveaux commerciaux* »¹³⁴⁷, et les cinquième et sixième règlements de base adoptés pour le transposer, non seulement contiennent à nouveau l'obligation de comparaison au même stade commercial, mais, surtout, réintroduisent et définissent un ajustement autonome au titre des différences de stade commercial¹³⁴⁸. Ainsi reculent les conséquences déloyales des anciennes restrictions en la matière, dans le contexte de la pratique asymétrique des institutions consistant à déterminer le prix à l'exportation, réel ou construit, à la première vente en vue de l'exportation, et la valeur normale, réelle ou construite, au niveau des ventes domestiques à des clients indépendants¹³⁴⁹.

¹³⁴⁵ V., sur la pratique antérieure à 1994, Ivo VAN BAEL et Jean-François BELLIS, *Anti-Dumping and other Trade Protection Laws of the EC*, 4^{ème} éd., *op. cit.* ; spéc. p. 107.

¹³⁴⁶ Article 2, paragraphe 9, a), iii), du règlement (CEE) n° 2423/88, préc.

Ivo VAN BAEL et Jean-François BELLIS (*Anti-Dumping and other Trade Protection Laws of the EC*, 2^{ème} éd., 1990, *op. cit.* ; spéc. p. 103) expliquent que la pratique communautaire consistant à ne prendre en compte les différences de niveau de commerce que dans les cas les plus extrêmes (tels que les cas de ventes à l'exportation sur une base OEM (*Original Equipment Manufacturer*) et les cas de ventes domestiques à des consommateurs finals) semblait s'écarter substantiellement des règles du GATT.

¹³⁴⁷ Article 2.4 du Code antidumping.

¹³⁴⁸ Article 2, paragraphe 10, du règlement de base.

¹³⁴⁹ V. *supra* n° 315. Les restrictions de la législation et de la pratique communautaire en matière d'ajustements pour différence de niveau commercial avaient pour effet de créer artificiellement des marges de dumping, notamment dans les situations où un producteur vendait, à l'exportation, à des exportateurs indépendants et, sur son marché domestique, par l'intermédiaire d'un réseau de distribution lui appartenant (le premier client indépendant étant alors le consommateur final). La prise en compte, au titre des ajustements, des seules différences de frais variables directement liés à la vente avait pour effet de pénaliser fortement les producteurs-exportateurs possédant un réseau domestique de distribution. Elle ne permettait pas de tenir compte des différences réelles de niveau commercial. Cette méthode visait, en particulier, les producteurs-exportateurs asiatiques (japonais notamment) et était présentée comme un moyen de pression indirecte pour ouvrir les marchés étrangers fermés par l'existence de réseaux de distribution *captifs* (*i.e.* très contrôlés par les producteurs locaux). Cette méthode était, cependant, clairement inéquitable en ce que le dumping obtenu ne correspondait à aucune réalité économique. Par ailleurs, elle discriminait les producteurs étrangers selon qu'ils effectuaient ou non leurs ventes domestiques via un réseau captif. Suivant une logique plus légaliste que soucieuse de loyauté, la Cour de justice avait, pourtant, validé cette approche.

V., pour l'ensemble de cette problématique, Pierre DIDIER, « Le Code anti-dumping du cycle de l'Uruguay : impact dans la Communauté », préc. ; spéc. p. 268-279 ; *Les principaux accords de l'OMC et leur transposition dans la Communauté européenne*, I, *op. cit.* ; spéc. p. 39-41 ; et « WTO Trade Instruments in EU Law », préc. ; spéc. p. 47-48.

364. Toujours en matière de facteurs d'ajustement, une cinquième révision a porté sur la différence « *dans les quantités* » qui, pour la première fois, est explicitement visée dans le Code antidumping de 1994¹³⁵⁰. Par suite, la législation de base de transposition¹³⁵¹ stipule que les ajustements pour rabais visent « *y compris ceux qui sont accordés au titre des différences de quantités* », cependant sous la double condition qu'ils soient « *correctement quantifiés et directement liés aux ventes considérées* »¹³⁵².

2° Les biais réduits dans le calcul de la marge de dumping

365. Dans le silence des deux premiers Codes antidumping sur les méthodes de calcul de la marge de dumping, le quatrième règlement de base prévoyait que les prix à l'exportation de chaque transaction devaient être confrontés à la valeur normale moyenne, « *sauf dans les cas où l'application de moyennes pondérées n'affecterait pas sensiblement les résultats de l'enquête* »¹³⁵³. Ainsi, en principe, à une valeur normale moyenne étaient soustraits des prix à l'exportation individuels, et les différences individuelles ainsi obtenues étaient agrégées. Par dérogation, lorsque le même résultat final était obtenu par une soustraction d'un prix à l'exportation moyen à cette valeur normale moyenne, cette comparaison moyenne à moyenne pouvait être préférée. Cette méthode de calcul principale asymétrique, improprement appelée *transaction par transaction*¹³⁵⁴, était couplée à la pratique de la *réduction à zéro* des marges de dumping négatives. Lorsque le résultat d'une comparaison était négatif,

¹³⁵⁰ Article 2, paragraphe 4, du Code antidumping.

¹³⁵¹ Jusqu'alors, en matière de différence de quantité, le troisième règlement de base était restrictif et, dans le quatrième, « *aucune mention particulière n'était faite des rabais pour quantité, ce qui rendait leur obtention impossible* » : Pierre DIDIER, *Les principaux accords de l'OMC et leur transposition dans la Communauté européenne, I*, op. cit. ; ici p. 48. V., également, Ivo VAN BAEL et Jean-François BELLIS, *Anti-Dumping and other Trade Protection Laws of the EC*, 2^{ème} éd., op. cit. ; spéc. p. 101-102.

¹³⁵² Article 2, paragraphe 10, c), du règlement de base. Cette présentation de l'ajustement pour différence de quantité comme une sous-catégorie de l'ajustement pour différence de rabais et remises est critiquée : v. Ivo VAN BAEL et Jean-François BELLIS, *EU Anti-Dumping and Other Trade Defence Instruments*, 5^{ème} éd., op. cit. ; spéc. p. 113-114.

¹³⁵³ Article 2, paragraphe 13, du règlement (CEE) n° 2423/88.

¹³⁵⁴ Le Code antidumping de 1994 présente la seconde méthode symétrique qu'il prévoit comme une méthode de comparaison *transaction par transaction* (article 2.4.2, *in fine*), ce qui rend impropre l'utilisation de l'expression *transaction par transaction* pour viser la méthode asymétrique utilisée par les institutions communautaires avant l'adoption de ce Code : dans la perspective de cette dernière, *transaction par transaction* signifiait que les ventes à l'exportation étaient comparées individuellement, transaction par transaction, à la valeur normale moyenne. Ce caractère *impropre* de l'expression utilisée par la Communauté pour désigner sa méthode asymétrique est relevé par le Groupe spécial *CE – cassettes audio*, préc. (note en bas de page n° 8, sous le paragraphe 350).

parce la valeur normale moyenne était inférieure au prix à l'exportation individuel, la marge de dumping négative établie était ramenée à zéro. Ainsi, les marges de dumping positives ne pouvaient être compensées par les marges négatives. Cette pratique qui, mécaniquement, mène à des marges de dumping plus élevées que celles produites en son absence¹³⁵⁵, conduisait parfois à des constatations de dumping dans des situations où la prise en compte des marges négatives aurait permis de conclure à l'absence de pratique déloyale¹³⁵⁶.

Lors du Cycle de l'Uruguay, la méthode asymétrique avait été critiquée par de nombreux pays qui l'accusaient de faciliter la détermination de marges de dumping¹³⁵⁷. Ses promoteurs – la Communauté et les États-Unis – arguaient en défense qu'elle seule permettait d'appréhender les situations de dumping *ciblé*¹³⁵⁸. Contestée devant la Cour de justice dans l'affaire des *roulements à billes*, cette méthode asymétrique, combinée à la pratique de la réduction à zéro, avait été validée¹³⁵⁹. Mise en cause par le Japon dans le cadre d'un différend porté devant un

¹³⁵⁵ Par hypothèse, la réduction à zéro ne peut être appliquée et ne pose problème que lorsqu'il existe, à la fois, des exportations faisant l'objet d'un dumping et des exportations n'en faisant pas l'objet ; lorsque toutes les exportations sont effectuées en dumping, il ne saurait être question de réduction à zéro.

¹³⁵⁶ Pour une description de cette pratique et une mise en évidence de ce résultat biaisé en faveur de la constatation d'un dumping (ou d'une augmentation de la marge de dumping), v. Edwin VERMULST, *EU Anti-Dumping Law and Practice*, 2^{ème} éd., Sweet & Maxwell, 2010, 753 p. ; spéc. p. 366 et s. (paragraphe 6-147 à 6.157) ; et Ivo VAN BAEL et Jean-François BELLIS, *EU Anti-Dumping and Other Trade Defence Instruments*, 5^{ème} éd., *op. cit.* ; spéc. p. 128-130. Sur le résultat biaisé, v. également les conclusions de l'avocat général JACOBS sous CJCE, 9 janvier 2003, *Petrotub SA et Republica SA c/ Conseil et Commission*, aff. C-76/00 P, *Rec.* p. I-79 (pts 12-14), où les exemples chiffrés proposés sont très parlants, à l'instar de ceux exposés par VERMULST (v. tableau p. 371).

¹³⁵⁷ V. Mark KOULEN, « The New Anti-Dumping Code through its Negotiating History », p. 151-232, in : Jacques H. J. BOURGEOIS, Frédérique BERROD et Eric GIPPINI FOURNIER (éds.), *The Uruguay Round Results, A European Lawyers' Perspective* (College of Europe, Bruges), Bruxelles, European Interuniversity Press, 1995 ; spéc. p. 171. Dans l'affaire *CE – Linge de lit*, les États-Unis « note[nt] que l'article 2.4.2 a été inséré dans l'Accord antidumping au cours du Cycle d'Uruguay pour répondre à la préoccupation de certains Membres qui s'inquiétaient de voir d'autres Membres, y compris les Communautés européennes et les États-Unis, comparer les prix de transactions à l'exportation individuelles à des valeurs normales moyennes pondérées. L'article 2.4.2 a été incorporé à l'Accord pour garantir que, sauf dans le cas d'un dumping ciblé, le calcul des marges lors d'une enquête serait effectué sur une base cohérente, à savoir moyenne pondérée à moyenne pondérée ou transaction par transaction » (v. rapport du Groupe spécial *CE – Linge de lit*, préc. (paragraphe 6.109).

¹³⁵⁸ À distinguer du *dumping occulte (hidden dumping)* visé par l'addendum 1 à l'article VI du GATT : v. *supra* n° 306.

¹³⁵⁹ À l'allégation que cette méthode d'évaluation de la marge de dumping « ne prend en compte qu'une partie des transactions concernées sur le marché d'exportation et conduit, dès lors, à un résultat inéquitable », la Cour répondit que cette méthode qui « diffère de celle dite de la moyenne pondérée par le fait que les prix supérieurs à la valeur normale sont ramenés fictivement au niveau de la valeur normale, puis intégré dans le calcul de la moyenne pondérée de l'ensemble des prix pratiqués sur le marché d'exportation », « est la seule qui permette de faire obstacle à certaines manœuvres qui consistent à dissimuler le dumping grâce à des pratiques de prix différents, tantôt

Groupe spécial du GATT de 1947, elle n'avait pas été jugée incompatible, « *en l'espèce* », avec le Code antidumping de 1979¹³⁶⁰.

366. Le Code antidumping de 1994 a remédié au silence de ses prédécesseurs sur les méthodes, mais sans interdire explicitement la technique de réduction à zéro. Il prévoit trois méthodes de calcul de la marge de dumping : en principe, l'une des deux méthodes symétriques doit être utilisée : soit une valeur normale moyenne pondérée est comparée à la moyenne pondérée des prix de toutes les exportations (méthode de comparaison moyenne pondérée à moyenne pondérée), soit les valeurs normales individuelles sont comparées aux prix à l'exportation individuels (méthode de comparaison transaction par transaction) ; par exception, des prix à l'exportation individuels peuvent être comparés à une valeur normale moyenne pondérée (méthode asymétrique).

Dans la législation de base de transposition, le législateur a repris ces deux méthodes symétriques normales, ainsi que la méthode asymétrique exceptionnelle, autorisée si la configuration des prix à l'exportation diffère sensiblement entre les différents

supérieurs et tantôt inférieurs à la valeur normale » ; elle ajouta que « [l]'application, dans un tel contexte, de la méthode de la moyenne pondérée ne répondrait pas à l'objet de la procédure antidumping, dans la mesure où cette méthode aurait pour effet essentiel de masquer les ventes effectuées à prix de dumping par celles effectuées à dumping dit "négatif" et laisserait ainsi subsister intégralement le préjudice subi par la production communautaire concernée » : CJCE, 7 mai 1987, *Nachi Fujikoshi Corporation c/ Conseil*, aff. 255/84, *Rec.* p. 1861 (pts 22, 23 et 25) ; v., également, les arrêts du même jour, *NTN Toyo Bearing Company Ltd c/ Conseil*, aff. 240/84, *Rec.* p. 1809 (pts 20, 21 et 23) ; *Nippon Seiko KK c/ Conseil*, aff. 258/84, *Rec.* p. 1923 (pts 22, 23 et 25) ; *Minebea Company Ltd c/ Conseil*, aff. 260/84, *Rec.* p. 1975 (pts 16-18 et 20). Ultérieurement, la Cour de justice rejeta l'argument selon lequel cette méthode ne serait justifiée que dans les cas où il serait constaté par les institutions que le producteur/exportateur s'est rendu coupable de manœuvres visant à dissimuler le dumping ; CJCE, 10 mars 1992, *Minolta Camera Co. Ltd/Conseil*, aff. C-178/87, *Rec.* p. I-1577 (pts 39 et 42).

¹³⁶⁰ Rapport du Groupe spécial *Communautés européennes – Droits antidumping sur les bandes audio en cassettes originaires du Japon* (ci-après « *CE – cassettes audio* »), 28 avril 1995 (ADP/136) (paragraphe 366). La pratique de la réduction à zéro avait également été mise en cause par le Brésil devant un autre Groupe spécial du GATT de 1947, mais dans un contexte différent. Le Brésil ne contestait pas l'application de la réduction à zéro en général, mais sa mise en œuvre dans un environnement hautement inflationniste. Le Brésil reprochait à la Communauté de ne pas avoir effectué d'ajustement pour tenir compte des effets de la réduction à zéro dans un tel environnement. Le Groupe spécial rejeta ce reproche du Brésil en soulignant que la réduction à zéro intervient à une étape (le calcul de la marge de dumping) ultérieure à celle des ajustements (en vue de rendre la comparaison équitable) : rapport du Groupe spécial *CE – Perception de droits antidumping sur l'importation de fils de coton originaires du Brésil*, 4 juillet 1995 (ADP/137) (v. paragraphes 211, 240 à 252 et 498 à 502).

acheteurs, régions ou périodes et si les méthodes symétriques ne permettent pas de prendre en compte de telles différences¹³⁶¹.

Ainsi, l'habitude des institutions communautaires d'appliquer la méthode asymétrique avec la pratique de la *réduction à zéro* devait disparaître, et le recours à cette combinaison devenir exceptionnel, entraînant la réduction d'un biais dans la détermination de la marge de dumping.

367. Dans un premier temps, la méthode asymétrique devint effectivement exceptionnelle et la méthode symétrique moyenne pondérée à moyenne pondérée fut appliquée, mais en segmentant le produit concerné en catégories, types ou modèles de produit et en appliquant la réduction à zéro à ces catégories, types ou modèles, pour lesquels une marge positive était constatée. La condamnation par l'OMC, dans l'affaire *linge de lit d'Inde*, de la réduction à zéro appliquée à cette méthode symétrique, devait conduire les institutions de l'Union à reprendre leur ancienne habitude : l'application quasi-systématique de la méthode asymétrique, couplée à la pratique de la réduction à zéro¹³⁶². Cette reprise fut favorisée par le fait que le recours à la réduction à zéro dans le cadre de cette méthode, contesté devant le juge européen, fut explicitement validé par ce dernier¹³⁶³, les instances de l'ORD n'ayant pas eu l'occasion de se prononcer sur l'application du *zeroing* dans ce contexte¹³⁶⁴.

L'arrêt de la Cour de justice dans l'affaire *Petrotub*¹³⁶⁵ aurait pu freiner cette dérive, en exigeant que les règlements instituant des droits antidumping contiennent une explication spécifique justifiant le recours à la méthode asymétrique. Cependant, en ce domaine comme dans beaucoup d'autres en matière antidumping, le contrôle limité du juge européen sur le bien-fondé du recours à cette méthode réduit la portée pratique de cette exigence de motivation¹³⁶⁶.

¹³⁶¹ V. *supra* n° 326-327. Le texte du règlement de base diffère quelque peu de celui du Code antidumping.

¹³⁶² V. *infra* n° 375.

¹³⁶³ Par le Tribunal dans les affaires *Ritek Corp.* et *Far Eastern New Century Corp.* : TPICE, 24 octobre 2006, *Ritek Corp. e.a. c/ Conseil*, aff. T-274/02, *Rec.* p. II-4305 (pt 103) ; et 13 avril 2011, *Far Eastern New Century Corp. c/ Conseil*, aff. T-167/07, *Rec.* p. II-94 (publication sommaire) (pt 156).

¹³⁶⁴ V. *infra* n° 376.

¹³⁶⁵ V. *supra* n° 327.

¹³⁶⁶ V., à cet égard, TPICE, 24 octobre 2006, *Ritek Corp. e.a. c/ Conseil*, aff. T-274/02, préc. Le Tribunal rappelle que « selon une jurisprudence constante, dans le domaine des mesures de défense commerciale, les institutions communautaires disposent d'un large pouvoir d'appréciation en raison

368. Alors que la transposition de nouvelles dispositions du Code antidumping de 1994 aurait dû immédiatement conduire à la réduction d'un biais protectionniste dans le calcul de la marge de dumping, l'imprécision initiale des nouvelles dispositions, levée par les rapports adoptés par l'ORD constatant l'incompatibilité de la réduction à zéro dans le cadre de la méthode symétrique moyenne comparée à moyenne comparée, puis le contournement de cette incompatibilité par le retour à la méthode asymétrique, ont provoqué la persistance de ce biais.

La *saga judiciaire* de la réduction à zéro témoigne néanmoins de l'impact positif, en matière de réduction des biais, de l'interprétation et de l'application du troisième Code dans les rapports des groupes spéciaux et de l'Organe d'appel de l'OMC.

§ II. Les réductions de biais résultant du règlement des différends

369. En matière de réduction des biais protectionnistes dans l'action antidumping, le rôle des constatations formulées dans les rapports des groupes spéciaux et de l'Organe d'appel doit être souligné. À plusieurs reprises, les institutions communautaires ont modifié les mesures antidumping adoptées et, le cas échéant, leur pratique antidumping, voire la législation de base, pour tenir compte des constatations d'incompatibilité de l'action antidumping de l'Union avec l'encadrement multilatéral.

de la complexité des situations économiques, politiques et juridiques qu'elles doivent examiner » et qu'il « s'ensuit que le contrôle du juge communautaire sur les appréciations des institutions doit être limité à la vérification du respect des règles de procédure, de l'exactitude matérielle des faits retenus pour opérer le choix contesté, de l'absence d'erreur manifeste dans l'appréciation de ces faits, ou de l'absence de détournement de pouvoir » (pts 80 et 81) et souligne que « la mise en œuvre par les institutions des dispositions de l'article 2, paragraphe 11, du règlement de base et, notamment, de la seconde condition d'application de la méthode asymétrique, tenant à l'incapacité des méthodes symétriques à rendre compte de l'ampleur réelle du dumping pratiqué, implique, de la part de ces institutions, des appréciations économiques complexes » (pt 82).

Dans un arrêt du 13 avril 2011, *Far Eastern New Century Corp. c/ Conseil*, préc., le Tribunal a ultérieurement expliqué (pt 64) qu'« il y a lieu de rappeler qu'il est de jurisprudence constante que le choix entre différentes méthodes de calcul de la marge de dumping, telles que celles indiquées à l'article 2, paragraphe 11, du règlement de base, suppose l'appréciation de situations économiques complexes et que le contrôle juridictionnel d'une telle appréciation doit ainsi être limité à la vérification du respect des règles de procédure, de l'exactitude matérielle des faits retenus pour opérer le choix contesté, de l'absence d'erreur manifeste dans l'appréciation de ces faits ou de l'absence de détournement de pouvoir (voir arrêt de la Cour du 27 septembre 2007, *Ikea Wholesale*, C-351/04, Rec. p. I-7723, point 41, et la jurisprudence citée) ».

De telles constatations ont été formulées, dans un premier temps, dans les rapports de groupes spéciaux du GATT de 1947, et, ensuite, dans ceux des groupes spéciaux et de l'Organe d'appel de l'ORD de l'OMC. Ce rôle *antiprotectionniste* des systèmes successifs de règlement des différends peut être mis en évidence en matière de déterminations du dumping (A.) et du préjudice (B.)¹³⁶⁷.

A. Les réductions de biais en matière de détermination du dumping

370. Des groupes spéciaux et, le cas échéant, l'Organe d'appel, ont eu à se prononcer sur les règles d'établissement de la valeur normale (1°), d'ajustements en vue d'une comparaison équitable de la valeur normale et du prix à l'exportation (2°), et de calcul de la marge de dumping (3°).

1° Les biais réduits pour la détermination de la valeur normale

371. Lorsque la valeur normale est construite, les frais de vente, les dépenses administratives et autres frais généraux (les frais VAG) et une marge bénéficiaire raisonnable sont ajoutés aux coûts (ou frais) de production du produit¹³⁶⁸. Le règlement de base prévoit le recours, en principe, à une méthode d'évaluation des frais VAG et du bénéfice fondée sur les données réelles concernant la production et la vente du produit similaire par le producteur ou l'exportateur concerné¹³⁶⁹ (méthode des frais et bénéfices réels). Lorsqu'ils ne peuvent être ainsi déterminés, trois méthodes alternatives – non hiérarchisées – peuvent être utilisées : (a) celle dite de l'identité des produits : sont retenus les frais et bénéfices réels des autres producteurs ou exportateurs faisant l'objet de l'enquête s'agissant de produits similaires, sur le marché intérieur du pays d'origine (ou pays d'exportation) ; (b) celle dite de l'identité des producteurs-exportateurs : sont évalués les frais et bénéfices réels du producteur ou de l'exportateur en cause à propos de produits relevant de la même

¹³⁶⁷ Les constatations d'incompatibilité de règles ou pratiques communautaires avec l'encadrement multilatéral ci-après présentées, ne le sont pas dans l'ordre chronologique des rapports les ayant formulées, mais selon la place occupée par ces règles ou pratiques dans le processus de détermination de l'existence d'un dumping préjudiciable.

¹³⁶⁸ V. *supra* n° 301 et s. À l'exception de la marge bénéficiaire, ces évaluations sont aussi réalisées pour établir si des ventes du produit sont effectuées à pertes sur le marché domestique du producteur-exportateur dans le cadre de la qualification de certaines ventes d'opérations commerciales anormales.

¹³⁶⁹ Article 2, paragraphe 6, du règlement de base, transposant l'article 2.2.2 du Code antidumping.

catégorie générale, sur le marché intérieur du pays d'origine ; (c) ou celle de « *toute autre base raisonnable* » : les frais et bénéfices peuvent être ainsi établis pourvu que le montant, s'agissant des seuls bénéfices, ne dépasse pas celui normalement obtenu par d'autres producteurs ou exportateurs de produits relevant de la même catégorie générale¹³⁷⁰.

372. Le Code de 1994 a consacré la pratique communautaire consistant à calculer les frais VAG et le bénéfice sur la base des seules ventes bénéficiaires sur le marché intérieur du pays exportateur, à l'exclusion, par conséquent, des ventes à perte¹³⁷¹. Pourtant, cette pratique était contestée¹³⁷² pour ses conséquences inflationnistes sur la valeur construite. Si la pratique communautaire fut consacrée, c'est seulement dans le cadre de la méthode principale de calcul des frais VAG et des bénéfices¹³⁷³, ainsi que l'a explicitée l'Organe d'appel dans l'affaire *CE – Linge de lit*. Ainsi l'exclusion des ventes à perte n'est-elle pas autorisée dans le cadre des méthodes alternatives. Le

¹³⁷⁰ En transposant le troisième Code, le législateur communautaire a interverti, par rapport à l'ordre d'énoncé du Code antidumping de 1994, les deux premières méthodes alternatives : il reprenait l'ordre de présentation des méthodes alternatives suivi dans le règlement de base (CEE) n° 2423/88, mais abandonnait la hiérarchie établie dans ce dernier (article 2, paragraphe 3, b), ii), du règlement (CEE) n° 2423/88, préc.). Cette différence serait sans conséquence si, en pratique, les institutions ne manifestaient leur préférence pour la méthode (a), préférence dont l'ordre retenu dans le règlement de base est, précisément, une manifestation. Cette prédilection avait d'ailleurs été affirmée pendant le Cycle de l'Uruguay. Or, l'absence de hiérarchie dans le Code résulte, précisément, de l'absence d'accord des États sur un ordre de préférence : v. Mark KOULEN, « The New Anti-Dumping Code through its Negotiating History », préc. ; spéc. p. 209. Par ailleurs, la préférence pour la méthode (a) n'est pas sans incidence sur la construction d'une valeur normale élevée. Cette querelle entre préférence pour l'identité des produits (méthode (a)) ou pour l'identité des exportateurs ou producteurs (méthode (b)) avait pourtant montré, au début des années 1990, ses possibles conséquences sur le niveau de la valeur normale. Sous l'empire du règlement (CEE) n° 2324/88, lequel préférait expressément la méthode (a), ce choix avait prouvé qu'il pouvait avoir d'importantes conséquences quant à l'élévation de la valeur normale construite : v. l'affaire des *Lampes halogènes du Japon* racontée par Pierre DIDIER, « Le Code anti-dumping du cycle de l'Uruguay : impact dans la Communauté », préc. ; ici p. 265.

Dans l'affaire *CE – Linge de lit*, le Groupe spécial a reconnu la liberté de choix des Membres quant à celle des trois méthodes alternatives qu'ils utilisent, alors que l'Inde reprochait à la Communauté d'avoir utilisé la méthode (a) génératrice, selon elle, d'une importante marge bénéficiaire : rapport du Groupe spécial *CE – Linge de lit*, préc. (paragraphe 6.62). Cette appréciation du Groupe spécial n'a pas été remise en cause devant l'Organe d'appel.

¹³⁷¹ L'article 2.2.2 du Code indique en effet que « *les montants [...] seront fondés sur des données réelles concernant la production et les ventes, au cours d'opérations commerciales normales* ». Le règlement de base de 1988 visait les « *ventes bénéficiaires* » (article 2, paragraphe 3, b), ii) du règlement (CEE) n° 2423/88), et celui adopté pour transposer le Code, ainsi que l'actuel, visent les « *opérations commerciales normales* » (paragraphe 6 de leurs articles 2 respectifs).

¹³⁷² Notamment par le Japon au cours du Cycle de l'Uruguay : v. Mark KOULEN, « The New Anti-Dumping Code through its Negotiating History », préc. ; spéc. p. 170 et note n° 50, p. 170.

¹³⁷³ Les i), ii), et iii), de l'article 2.2.2 du Code, relatifs aux méthodes alternatives, ne reprennent pas la limitation des données prises en compte à celles des ventes au cours d'opérations commerciales normales.

constat d'incompatibilité avec l'encadrement multilatéral de la pratique contraire des institutions communautaires¹³⁷⁴ a permis la suppression d'un facteur d'exagération de la valeur normale.

Par ailleurs, en condamnant l'application de la méthode alternative (a) lorsque les institutions ne disposent de données que pour un seul autre exportateur ou producteur¹³⁷⁵, l'Organe d'appel a sanctionné une pratique qu'il est malaisé de qualifier de biais, mais qui constituait une curieuse interprétation d'une méthode alternative généralement considérée comme défavorable aux producteurs-exportateurs¹³⁷⁶.

2° Les biais réduits quant aux ajustements en vue d'une comparaison équitable

373. En matière d'ajustements, le caractère exhaustif de la liste contenue dans la législation de base a disparu suite à sa condamnation dans l'affaire des *cassettes audio du Japon*¹³⁷⁷. Le Groupe spécial du GATT considéra incompatible avec l'article 2.6 du Code de 1979 l'impossibilité d'opérer des ajustements pour d'autres

¹³⁷⁴ Rapport de l'Organe d'appel *CE – Linge de lit*, préc. (paragraphe 79 à 85). Dans son rapport, infirmant les constatations du Groupe spécial validant la pratique communautaire (rapport du Groupe spécial *CE – Linge de lit*, préc. (paragraphe 6.83 à 6.87)), l'Organe d'appel estime qu'en excluant, dans le cadre de la méthode alternative (a), les ventes d'autres exportateurs ou producteurs n'ayant pas eu lieu au cours d'opérations commerciales normales, la Communauté a agi de manière incompatible avec l'article 2.2.2 ii) du Code. Il souligne que l'exclusion des opérations anormales n'est autorisée que dans le cadre de la méthode principale. Les deux autres méthodes alternatives prévues par les i) et iii) de l'article 2.2.2 du Code ne prévoyant pas davantage cette exclusion que la méthode de l'article 2.2.2 ii), l'interprétation de l'Organe d'appel leur est certainement transposable et, par conséquent, cette interprétation l'est également aux méthodes (b) et (c) correspondantes dans le règlement de base.

¹³⁷⁵ Rapport de l'Organe d'appel *CE – Linge de lit*, préc. (paragraphe 71-77), infirmant sur ce point également le rapport du Groupe spécial *CE – Linge de lit*, préc. (paragraphe 6.69 à 6.75). L'emploi dans l'article 2.2.2 ii) du Code – comme dans la disposition communautaire correspondante – de l'expression *moyenne pondérée*, et des mots *montants* et *exportateurs ou producteurs* (au pluriel), indiquaient clairement, selon l'Organe d'appel, qu'était envisagée l'utilisation de données émanant de plus d'un exportateur ou producteur (v. paragraphes 71 à 77).

¹³⁷⁶ Quant aux suites données par les institutions communautaires à ces deux aspects du rapport de l'Organe d'appel concernant l'utilisation de la méthode alternative (a), v. : règlement (CE) n° 1644/2001 du Conseil, du 7 août 2001, modifiant le règlement (CE) n° 2398/97 instituant un droit antidumping définitif sur les importations de linge de lit en coton originaire d'Égypte, de l'Inde et du Pakistan et suspendant son application en ce qui concerne les importations originaires de l'Inde, *JOCE* L 219, 14 août 2001, p. 1 (paragraphe 9) ; règlement (CE) n° 160/2002 du Conseil, du 28 janvier 2001, modifiant le règlement (CE) n° 2398/97 instituant un droit antidumping définitif sur les importations de linge de lit en coton originaire d'Égypte, de l'Inde et du Pakistan, et clôturant la procédure en ce qui concerne les importations originaires du Pakistan, *JOCE* L 26, 30 janvier 2002, p. 1 (paragraphe 10 et 14).

¹³⁷⁷ Rapport du Groupe spécial *CE – cassettes audio*, préc.

différences que celles visées dans la liste du règlement de base¹³⁷⁸, notamment concernant les frais de vente indirects – y compris la publicité¹³⁷⁹ – et les bénéfices liés à des différences dans les fonctions accomplies par le vendeur sur le marché domestique et le marché d'exportation (bénéfices associés aux activités de ventes)¹³⁸⁰. L'exclusion de principe de tels ajustements était susceptible de conduire à une comparaison inéquitable entre le prix à l'exportation et la valeur normale et était, par suite, génératrice de biais.

La liste des ajustements étant également exhaustive dans la législation de base de transposition du troisième Code antidumping, un constat d'incompatibilité risquait d'être prononcé lors d'un futur différend¹³⁸¹. Elle a, par conséquent, été modifiée¹³⁸², en premier lieu par l'insertion d'un ajustement au titre d'« *autres facteurs* »¹³⁸³ et, en

¹³⁷⁸ Alors que l'article 2, paragraphe 10, c), du règlement (CEE) n° 2176/84, préc. (le troisième règlement de base) excluait explicitement tout ajustement permettant de tenir compte des différences existant dans les frais administratifs et généraux, notamment les frais de recherche et de développement ou de publicité, le règlement (CEE) n° 2423/88 (le quatrième règlement de base), en cause dans l'affaire *cassettes audio du Japon*, ne l'excluait qu'implicitement. La disposition du règlement n° 2176/84 n'y était pas reprise, mais il comportait une liste limitative des ajustements permis ne comprenant pas d'ajustement pour de tel frais. À cet égard, v. Ivo VAN BAEL et Jean-François BELLIS, *Anti-Dumping and other Trade Protection Laws of the EC*, 2^{ème} éd., *op. cit.* ; spéc. p. 94-97 et p. 103-104).

¹³⁷⁹ L'exclusion portait aussi sur les frais de recherche : certes, elle était compréhensible, dès lors qu'il paraît illogique d'admettre que de tels frais puissent être moins élevés pour les produits exportés que pour les produits vendus sur le marché intérieur ; v. l'avis de Pierre DIDIER, « Le Code anti-dumping du cycle de l'Uruguay : impact dans la Communauté », préc. ; spéc. p. 271.

¹³⁸⁰ Rapport du Groupe spécial *CE – cassettes audio*, préc. L'incompatibilité du règlement de base (CEE) n° 2423/88 résultait de l'incohérence de la pratique communautaire en matière de frais indirects et, surtout, du fait que l'exclusion en soi des différences dans les frais indirects « *pouvait aboutir à une comparaison inéquitable entre le prix à l'exportation et la valeur normale* » (rapport du Groupe spécial *CE – cassettes audio*, préc. ; paragraphe 374). S'agissant des différences dans les bénéfices, il ne s'agissait pas de prendre en considération les différences dans le niveau des bénéfices, mais de tenir compte du fait que, lorsque des fonctions additionnelles sont accomplies sur un marché par rapport à l'autre marché, il peut exister une différence affectant la comparabilité des prix.

¹³⁸¹ V. l'analyse de la Commission du rapport du Groupe spécial *CE – cassettes audio*, intitulée « *Note for the 113 Committee* », du 26 février 1996, non publiée.

¹³⁸² Prenant acte de ce que le Groupe spécial avait « *considéré que la législation communautaire était trop restrictive dans la mesure où elle limitait les ajustements à ceux prévus par une liste spécifique et exhaustive* », et admettant « *qu'il est concevable que des différences, autres que celles énumérées par la législation communautaire, puissent [...] affecter le niveau des prix, et par conséquent leur comparabilité* », le législateur communautaire a estimé qu'il était « *important, dans un souci de sécurité juridique, de modifier la législation antidumping communautaire de façon à ce que des ajustements puissent être opérés pour d'autres coûts* » : Exposé des motifs de la proposition de règlement (CE) du Conseil modifiant le règlement (CE) n° 384/96 relatif à la défense contre les importations qui font l'objet d'un dumping de la part de pays non membres de la Communauté européenne, COM(96) 145 final, 10 avril 1996 ; v., également, les considérants du règlement (CE) n° 2331/96 du Conseil, du 2 décembre 1996, modifiant le règlement (CE) n° 384/96 relatif à la défense contre les importations qui font l'objet d'un dumping de la part de pays non membres de la Communauté européenne, *JOCE* L 317, 6 décembre 1996, p. 1.

¹³⁸³ Article 2, paragraphe 10, k), du règlement de base.

second lieu par une modification¹³⁸⁴ de l'ajustement pour différence de « *stade commercial* », afin de permettre des ajustements spéciaux¹³⁸⁵.

Ainsi, par les suites que le législateur leur a données, les conclusions du Groupe spécial dans l'affaire des *cassettes audio du Japon* ont conduit à la réduction de plusieurs biais en matière d'ajustements en vue d'une comparaison équitable¹³⁸⁶, existant jusqu'alors dans la législation, la jurisprudence et la pratique antidumping européennes¹³⁸⁷.

3° Les biais réduits dans l'établissement d'une marge de dumping

374. Après la transposition du Code antidumping de 1994 dans la législation de l'Union, les institutions européennes utilisaient généralement, pour le calcul de la marge de dumping, la méthode de comparaison moyenne pondérée à moyenne pondérée¹³⁸⁸. Dans le cadre de l'application de cette première méthode symétrique, elles se considéraient autorisées par l'article 2.4.2 du Code à effectuer des *comparaisons multiples*, en établissant une marge de dumping pour chaque type ou modèles différents du produit concerné. Pour chaque producteur-exportateur visé par

¹³⁸⁴ Motivée par le fait qu'il « *est également souhaitable de clarifier les conditions requises pour un ajustement au titre des différences de stade commercial lorsqu'il n'existe pas d'information sur l'effet sur les prix de l'existence de stades commerciaux différents pour le marché concerné ou lorsque, bien que les prix soient au même niveau, un ajustement peut être souhaitable pour des frais, tels que la publicité, qui dans certaines circonstances peuvent être alloués de façon plus satisfaisante à d'autres stades commerciaux* » : Exposé des motifs de la proposition de règlement précitée ; v., également, les considérants du règlement (CE) n° 2331/96, préc.

¹³⁸⁵ Modification de l'article 2, paragraphe 10, du règlement de base, désormais découpé en deux points i) et ii), afin d'y ajouter un point ii) disposant que « *dans des circonstances non envisagées au point i), un ajustement spécial peut être accordé lorsqu'une différence de stade commercial existante ne peut être quantifiée à cause de l'absence des stades commerciaux pertinents sur le marché intérieur des pays exportateurs, ou lorsqu'il est clairement établi que certaines fonctions se rapportent à des stades commerciaux autres que celui qui est utilisé pour la comparaison* ».

¹³⁸⁶ Ainsi, dans certaines affaires, des ajustements spéciaux ont été accordés : v., à cet égard, Ivo VAN BAEL et Jean-François BELLIS, *EU Anti-Dumping and Other Trade Defence Instruments*, 5^{ème} éd., op. cit. ; spéc. p. 116-117. Par ailleurs, des ajustements au titre des différences relatives à d'autres facteurs ont été octroyés : *ibid.*, spéc. p. 125-128.

¹³⁸⁷ Des différences concernant les « *frais de déplacement, de communication, de publicité, de promotion des ventes ou de représentation* », pour lesquels aucun ajustement n'était possible, selon la jurisprudence, dès lors qu'ils ne « *sauraient être considérés comme ayant une relation directe avec les ventes* » (CJCE, 10 mars 1992, *Ricoh c/ Conseil*, aff. C-174/87, Rec. p. I-1335, pts 23 et 29 ; v., aussi, TPICE, 14 septembre 1995, *Descom Scales Manufacturing Co. Ltd c/ Conseil*, aff. T-171/94, Rec. p. II-2413, pt 90) peuvent, désormais, faire l'objet d'un ajustement. V., par exemple, s'agissant des dépenses de publicité déduites de la valeur normale, le paragraphe 39 du règlement (CE) n° 904/98 du Conseil, du 27 avril 1998, instituant un droit antidumping définitif sur les importations de télécopieurs personnels originaires de la République populaire de Chine, du Japon, de la République de Corée, de Malaisie, de Singapour, de Taïwan et de Thaïlande, *JOCE* L 128, 30 avril 1998, p. 1.

¹³⁸⁸ V. *supra* n° 366-367.

l'enquête étaient calculées plusieurs marges de dumping, et leur moyenne pondérée constituait sa marge de dumping globale. Or ces comparaisons multiples s'accompagnaient de la pratique de la *réduction à zéro* ou *zeroing*. Aux fins du calcul de la marge de dumping globale du produit considéré, si des marges négatives étaient établies pour certains types ou modèles du produit concerné – le prix à l'exportation moyen pondéré dépassant la valeur normale moyenne pondérée –, elles étaient ramenées à zéro¹³⁸⁹.

375. Une telle pratique constituait clairement un biais protectionniste. En effet, la réduction à zéro augmente les marges de dumping et rend plus fréquente la détermination d'un dumping¹³⁹⁰. Elle a été jugée contraire au Code antidumping dans l'affaire *CE – Linge de lit*, par le Groupe spécial et par l'Organe d'appel¹³⁹¹. Et la

¹³⁸⁹ Selon les institutions communautaires, dans l'établissement de la marge de dumping, il convenait de distinguer deux étapes : 1) la comparaison de la « valeur normale moyenne pondérée à une moyenne pondérée des prix de *toutes* les transactions à l'exportation *comparables* » (article 2.4.2 du Code antidumping, soulignement ajouté), le terme *comparables* impliquant que la comparaison ne porte pas sur une moyenne pondérée de *toutes* les transactions à l'exportation, mais qu'elle soit effectuée par types ou modèles non comparables ; 2) l'agrégation des marges de dumping ainsi obtenues par types ou modèles, afin d'obtenir la marge de dumping globale du produit considéré. Selon la Communauté, l'article 2.4.2 du Code antidumping ne donnant aucune indication quant au cumul de ces marges de dumping au cours de la deuxième étape, sa pratique de réduction à zéro ne pouvait être incompatible avec le Code (v. le rapport de l'Organe d'appel *CE – Linge de lit*, préc. ; paragraphe 49).

¹³⁹⁰ L'Organe d'appel dans l'affaire *CE – Linge de lit* souligna que l'application de la réduction à zéro dans le cadre de la méthode moyenne pondérée à moyenne pondérée n'était pas neutre quant à l'établissement de la marge de dumping. Selon des auteurs, la réduction à zéro dans le cadre de la comparaison par modèles (*model zeroing*) produit automatiquement une marge de dumping plus élevée que celle qui serait établie si les montants de dumping négatifs avaient été pris en compte, et non pas ramenés à zéro (v. Ivo VAN BAEL et Jean-François BELLIS, *Anti-Dumping and other Trade Protection Laws of the EC*, 4^{ème} éd., *op. cit.* ; spéc. p. 123 et *EU Anti-Dumping and Other Trade Defence Instruments*, 5^{ème} éd., *op. cit.* ; spéc. p. 136-137).

¹³⁹¹ Rapport du Groupe spécial *CE – Linge de lit*, préc. (paragraphe 6.119) ; et rapport de l'Organe d'appel *CE – Linge de lit*, préc. (paragraphe 51 à 66). À noter que l'interdiction du *zeroing* dans le cadre de la méthode symétrique moyenne à moyenne pour un Membre – la Communauté européenne – appliquant des droits antidumping sur une base *prospective* a été confirmée s'agissant d'un autre Membre – les États-Unis – imposant des droits antidumping sur une base *rétrospective*.

L'incompatibilité de la pratique communautaire de la *réduction à zéro*, dans le cadre de la première méthode de comparaison symétrique, a été réaffirmée dans l'affaire *CE – accessoires de tuyauterie en fonte*, à propos de mesures antidumping instituées avant l'adoption des rapports *CE – Linge de lit* (rapport du Groupe spécial *Communautés européennes – Droits antidumping sur les accessoires de tuyauterie en fonte malléable en provenance du Brésil*, 7 mars 2003, WT/DS219/R, paragraphes 7.209 à 7.219). Cette question ne faisait évidemment pas l'objet de l'appel du Brésil, et la Communauté n'a pas formé d'appel sur cet aspect (v. rapport de l'Organe d'appel *CE – Accessoires de tuyauterie*, 22 juillet 2003, WT/DS219/AB/R).

En revanche, la plainte de l'Inde ne portant pas sur la *pratique des comparaisons multiples*, mais seulement sur l'aspect du calcul consistant à ramener à zéro les marges négatives, le Groupe spécial avait reconnu que l'article 2.4.2 du Code autorise les comparaisons multiples et, dans des affaires subséquentes mettant en cause la pratique américaine du *zeroing*, l'Organe d'appel a explicitement affirmé la compatibilité de l'établissement de moyennes multiples.

Cour de justice a confirmé cette interdiction de la technique de la réduction à zéro, la jugeant contraire à la réglementation de base de l'Union¹³⁹². Dans ses conclusions, l'avocat général Léger soulignait que son utilisation avait « *pour effet de modifier, de façon artificielle, les résultats des comparaisons effectuées et de gonfler la marge de dumping* » et remarquait qu'« *elle peut fausser non seulement l'importance de la marge de dumping, mais également faire apparaître [...] une pratique de dumping qui n'existe pas* »¹³⁹³.

La coloration protectionniste de la réduction à zéro fut remarquablement démontrée par les suites données aux conclusions et recommandations contenues dans les rapports dans l'affaire *linge de lit*. La révision, nécessaire dans le cas des importations en provenance d'Inde, des conclusions du règlement instituant des droits antidumping, a révélé des marges de dumping inférieures, et même nulles, pour deux des producteurs-exportateurs indiens de l'échantillon¹³⁹⁴. Le Pakistan et l'Égypte étaient également concernés par les mesures antidumping contestées par l'Inde¹³⁹⁵. S'agissant du Pakistan, l'application des « *interprétations juridiques figurant dans les rapports* » du Groupe spécial et de l'Organe d'appel, a conduit le Conseil à conclure que les importations pakistanaises ne faisaient pas l'objet d'un dumping¹³⁹⁶. Quant à l'Égypte, nonobstant l'impossibilité de réexaminer la marge de dumping pour des raisons touchant à la construction de la valeur normale, le Conseil remarquait que « *le niveau des marges de dumping devrait être considérablement réduit si aucune*

¹³⁹² CJCE, 27 septembre 2007, *Ikea Wholesale Ltd c/ Commissioners of Customs & Excise*, aff. C-351/04, *Rec. p.* I-7723 (pt 56).

¹³⁹³ Conclusions sous CJCE, 27 septembre 2007, *Ikea Wholesale Ltd c/ Commissioners of Customs & Excise*, préc. (pts 163 et 165).

¹³⁹⁴ Règlement (CE) n° 1644/2001 du Conseil, du 7 août 2001, modifiant le règlement (CE) n° 2398/97 instituant un droit antidumping définitif sur les importations de linge de lit en coton originaire d'Égypte, de l'Inde et du Pakistan et suspendant son application en ce qui concerne les importations originaires de l'Inde, *JOCE* L 219, 14 août 2001, p. 1.

¹³⁹⁵ À propos des importations originaires du Pakistan et d'Égypte, le Conseil avait décidé, de son « *plein gré* », de revoir les conclusions du règlement instituant des droits antidumping, ce qui « *est louable* », la Communauté n'ayant « *aucune obligation juridique* » d'agir à propos des mesures antidumping applicables à ces importations : rapport du Groupe spécial *Communautés européennes – Droits antidumping sur les importations de linge de lit en coton en provenance d'Inde, Recours de l'Inde à l'article 21 :5 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends* (ci-après « *CE – Linge de lit (article 21 :5 – Inde)* »), 29 novembre 2002, WT/DS141/RW (paragraphe 6.18 et 6.19). Le Conseil mettait ainsi en œuvre, pour la première fois, la faculté offerte par l'article 2 du règlement (CE) n° 1515/2001, préc.

¹³⁹⁶ Règlement (CE) n° 160/2002 du Conseil, du 28 janvier 2001, modifiant le règlement (CE) n° 2398/97 instituant un droit antidumping définitif sur les importations de linge de lit en coton originaire d'Égypte, de l'Inde et du Pakistan, et clôturant la procédure en ce qui concerne les importations originaires du Pakistan, *JOCE* L 26, 30 janvier 2002, p. 1 (paragraphe 12 et 13).

“réduction à zéro” n’était appliquée lors du calcul de la marge de dumping pour chacune des sociétés faisant partie de l’échantillon »¹³⁹⁷.

De même, l’incidence inflationniste de la réduction à zéro sur la marge de dumping¹³⁹⁸ fut mise en évidence lors de l’affaire *CE – accessoires de tuyauterie en fonte*¹³⁹⁹.

376. L’affaire *CE – Linge de lit* a conduit les institutions européennes à renoncer à la réduction à zéro interdite dans le cadre de la première méthode symétrique. Mais pas dans celui de la méthode asymétrique ! Or, nonobstant la soumission par le Code antidumping de l’utilisation de cette méthode dérogatoire à des conditions strictes, reprises dans la législation de base, les institutions eurent tendance à considérer ces conditions presque automatiquement réunies¹⁴⁰⁰. L’ironie de l’affaire *CE – Linge de lit* serait qu’en conduisant les institutions à réutiliser fréquemment la méthode asymétrique, couplée à la réduction à zéro, elle aurait favorisé l’établissement de marges de dumping plus élevées que celles qu’aurait produites la méthode symétrique moyenne pondérée à moyenne pondérée couplée à la réduction à zéro¹⁴⁰¹. L’avocat général Jacobs a montré que, lorsque la méthode de la réduction à zéro n’est pas appliquée, les deux méthodes (méthode symétrique moyenne à moyenne et méthode asymétrique) « *produisent le même résultat si les mêmes transactions sont prises en considération dans leur totalité* » ; « [t]outefois, lorsqu’elle est appliquée, la méthode

¹³⁹⁷ Règlement (CE) n° 160/2002, préc. (v. paragraphes 14 et 15) (ce règlement concernait aussi les importations originaires d’Égypte, bien que son titre ne l’indique pas).

¹³⁹⁸ Dans le cas de l’Union européenne, l’enjeu du recours à la réduction à zéro n’est peut-être pas tant dans la possibilité que cette pratique offrirait d’imposer des droits antidumping plus élevés – puisque l’application de la règle du droit moindre fait perdre à la marge de dumping son rôle de plafond du droit antidumping –, que dans la facilitation qu’offre cette méthode de dépasser le niveau *de minimis* de la marge de dumping, niveau dont le constat implique la clôture immédiate de la procédure ou de l’enquête (article 9, paragraphe 3, du règlement de base).

¹³⁹⁹ La Commission a revu ses conclusions en tenant compte des recommandations établies dans le rapport du Groupe spécial dans l’affaire *CE – accessoires de tuyauterie en fonte* (préc. ; devant l’Organe d’appel, elle ne les avait pas contestées) : la marge de dumping du seul producteur-exportateur connu de produits concernés au Brésil a été recalculée sans aucune réduction à zéro. La marge dumping ainsi obtenue (32%) était moindre que celle initialement calculée avec la réduction à zéro (34,8%) : v. règlement (CE) n° 436/2004 du Conseil, du 8 mars 2004 portant modification du règlement (CE) n° 1784/2000 instituant un droit antidumping définitif et portant perception définitive du droit provisoire institué sur les importations de certains accessoires de tuyauterie en fonte malléable originaires du Brésil, de la République tchèque, du Japon, de la République populaire de Chine, de la République de Corée et de la Thaïlande, *JOUE* L 72, 11 mars 2004, p. 15 (paragraphes 2-4 et 9-15).

¹⁴⁰⁰ V., à cet égard, Ivo VAN BAEL et Jean-François BELLIS, *EU Anti-Dumping and Other Trade Defence Instruments*, 5^{ème} éd., *op. cit.* ; spéc. p. 132.

¹⁴⁰¹ *Ibid.* ; spéc. p. 133.

asymétrique produira toujours un résultat plus élevé, puisque la première méthode symétrique, en appliquant une moyenne des prix à l'exportation, tiendra compte, dans une certaine mesure, des marges de dumping négatives ce qui ne sera jamais le cas de la méthode asymétrique »¹⁴⁰².

L'utilisation de la technique de réduction à zéro dans le cadre de la méthode asymétrique est considérée licite par les institutions européennes. En effet, jusqu'à présent, « aucune décision de l'organe d'appel de l'OMC » ne peut être « interprétée comme contenant une critique directe de la technique de la réduction à zéro dans le cadre de la méthode asymétrique »¹⁴⁰³. Ainsi le Tribunal a-t-il validé, à deux reprises, cette néfaste combinaison, en invoquant l'argument de l'équivalence mathématique¹⁴⁰⁴. Certes, l'application de la réduction à zéro dans le cadre de la méthode asymétrique au stade de l'enquête initiale par un Membre, tel l'Union, qui applique un système de fixation prospective des droits, n'a pas été soumise, à ce jour, à l'examen d'un groupe spécial de l'OMC. Mais le recours à la réduction à zéro dans le cadre d'une comparaison entre valeur normale moyenne et transactions à l'exportation individuelles, au stade du réexamen périodique, dans un système de fixation rétrospectif des droits (tel que celui des États-Unis), a été jugé incompatible avec le droit de l'OMC, l'Organe d'appel¹⁴⁰⁵ rejetant l'appréciation inverse du Groupe spécial¹⁴⁰⁶. Cette solution, ainsi que les analyses de l'Organe d'appel dans les

¹⁴⁰² Conclusions sous CJCE, 9 janvier 2003, *Petrotub SA et Republica SA c/ Conseil et Commission*, aff. C-76/00P, préc. (pt 15).

¹⁴⁰³ Trib.UE, 13 avril 2011, *Far Eastern New Century Corp. c/ Conseil*, aff. T-167/07, *Rec.* p. II-94 (publication sommaire) (pt 155).

¹⁴⁰⁴ TPICE, 24 octobre 2006, *Ritek Corp. e.a. c/ Conseil*, aff. T-274/02, *Rec.* p. II-4305 (pt 103) ; et Trib.UE, 13 avril 2011, *Far Eastern New Century Corp. c/ Conseil*, préc. (pt 156). Dans l'arrêt *Ritek Corp*, le Tribunal estime que « la réduction à zéro s'avère mathématiquement nécessaire pour distinguer, quant à ses résultats, la méthode asymétrique de la première méthode symétrique. En effet, en l'absence de cette réduction, la méthode asymétrique aboutit toujours au même résultat que la première méthode symétrique » (pt 109 ; soulignement ajouté). Dans l'arrêt *Far Eastern*, il ajoute que « la nécessité du recours à la technique de la réduction à zéro dans le cadre de l'application de la méthode asymétrique découle directement de l'article 2, paragraphe 11, du règlement de base et de l'article 2.4.2 du code antidumping de 1994, qui définit la méthode asymétrique comme une méthode alternative aux méthodes symétriques », et qu' « il convient de considérer que l'indication du motif justifiant le recours à la technique de la réduction à zéro dans le cadre du règlement attaqué est superflue » (pts 158 et 159).

¹⁴⁰⁵ Organe d'appel États-Unis – Mesures antidumping finales visant l'acier inoxydable en provenance du Mexique, rapport du 30 avril 2008, WT/DS344/AB/R (paragraphe 133). D'ailleurs, devant l'Organe d'appel, la Communauté avait plaidé en faveur d'une telle incompatibilité (paragraphe 79). Le Groupe spécial États-Unis – Mesures antidumping visant certaines crevettes en provenance du Viet Nam, rapport du 11 juillet 2011, WT/DS404/R, a repris cette position de l'Organe d'appel (paragraphe 7.142).

¹⁴⁰⁶ Groupe spécial États-Unis – Mesures antidumping finales visant l'acier inoxydable en provenance du Mexique, rapport du 20 décembre 2007, WT/DS344/R (paragraphe 7.149).

rapports condamnant la réduction à zéro, incitent à conclure que l'application de cette technique dans le cadre de la méthode asymétrique serait probablement jugée incompatible avec l'article 2.4.2. du Code antidumping si l'Organe d'appel était saisi de cette question¹⁴⁰⁷.

Il est d'ailleurs intéressant de relever que l'Organe d'appel a condamné l'application de la réduction à zéro dans le cadre de la seconde méthode symétrique, transaction par transaction¹⁴⁰⁸, et qu'à cette occasion il a rejeté toute pertinence à l'argument relatif à l'équivalence mathématique, utilisé par le Tribunal pour justifier sa validation de la réduction à zéro dans le cadre de la méthode asymétrique¹⁴⁰⁹.

B. Les réductions de biais en matière de détermination du préjudice

377. Plusieurs aspects de la pratique des institutions s'agissant de l'évaluation du préjudice subi par l'industrie européenne ont été modifiés à la suite de rapports de groupes spéciaux et de l'Organe d'appel. Ils concernent, d'une part, la détermination du volume des importations faisant l'objet d'un dumping (1°) et, d'autre part, l'examen des facteurs et indices économiques qui influent sur la situation de l'industrie communautaire – *les facteurs relatifs au préjudice* ou *facteurs de préjudices* (2°).

1° Les biais réduits dans la détermination des importations faisant l'objet d'un dumping

378. S'agissant du volume des importations faisant l'objet d'un dumping¹⁴¹⁰, deux évolutions réductrices de biais doivent être soulignées. Toutes deux sont centrées sur l'interprétation de la notion d'*importations faisant l'objet d'un dumping*¹⁴¹¹.

¹⁴⁰⁷ C'est, d'ailleurs, ce que semble indiquer Edwin VERMULST, en note n° 592, *EU Anti-Dumping Law and Practice*, 2^{ème} éd., Sweet & Maxwell, 2010, 753 p. (p. 376).

¹⁴⁰⁸ V. Organe d'appel *États-Unis – Bois de construction résineux V (article 21 :5 – Canada)*, rapport du 15 août 2006, WT/DS264/AB/RW (paragraphe 122) ; et, également, Organe d'appel *États-Unis – Mesures relatives à la réduction à zéro et aux réexamens à l'extinction (Plainte du Japon)*, rapport du 30 avril 2008, WT/DS322/AB/R (paragraphe 137).

¹⁴⁰⁹ V. Organe d'appel *États-Unis – Bois de construction résineux V (article 21 :5 – Canada)*, préc. (paragraphe 97-100), et, également, Organe d'appel *États-Unis – Mesures relatives à la réduction à zéro et aux réexamens à l'extinction (Plainte du Japon)*, préc. (paragraphe 133).

¹⁴¹⁰ Rappelons que ce *volume des importations* doit être examiné dans le cadre de la détermination du préjudice : v. *supra* n° 338 et s.

379. Il ressort du rapport du Groupe spécial *CE – Linge de lit*, que peuvent être considérées comme telles *toutes* les importations d'un producteur-exportateur pour lequel une détermination positive de l'existence d'un dumping est formulée, *et non pas uniquement celles* des importations-transactions de ce producteur-exportateur dont il est établi que le prix à l'exportation est inférieur à la valeur normale¹⁴¹². En revanche, ne peuvent être considérées effectuées en dumping les importations imputables à un producteur-exportateur du même pays pour lequel une détermination de marge de dumping nulle ou *de minimis* a été effectuée¹⁴¹³. Ainsi, pour l'évaluation du préjudice doivent être prises en compte *toutes* les importations – et non seulement des transactions individuelles – des *seuls* producteurs-exportateurs pratiquant un dumping *sensible* – et non pas le volume de toutes les importations de leur pays, sauf si *tous* les producteurs-exportateurs de ce pays pratiquent le dumping. À la suite des rapports adoptés par l'ORD dans l'affaire *CE – Linge de lit*¹⁴¹⁴, les institutions ont recalculé les marges de dumping et, tenant compte des constatations du Groupe spécial, ont déduit du volume des importations faisant l'objet d'un dumping, les importations imputables aux producteurs pour lesquels le réexamen avait conduit à un constat d'absence de dumping¹⁴¹⁵.

380. Une autre pratique des institutions européennes fut condamnée dans la seconde affaire *CE – Linge de lit* – relative au contentieux de la mise en œuvre des rapports adoptés en 2001 dans la première affaire. Dans le cadre de l'échantillonnage¹⁴¹⁶ qui

¹⁴¹¹ Ou *importations qui font l'objet d'un dumping*, les deux formulations étant utilisées dans le règlement de base, ainsi que dans le Code antidumping.

¹⁴¹² Rapport du Groupe spécial *CE – Linge de lit*, préc. (paragraphe 6.136 et 6.139).

¹⁴¹³ *Ibid.* (paragraphe 6.138).

¹⁴¹⁴ Bien qu'aucune incompatibilité des mesures antidumping communautaires contestées par l'Inde n'ait été constatée en l'espèce, les constatations du Groupe spécial (qui n'avaient pas fait l'objet d'un appel) mettaient en cause la pratique des institutions dans ce domaine, appliquée aux importations de linge de lit en provenance du Pakistan (v., pour un exposé et une justification de cette pratique contestée par des exportateurs américains, le paragraphe 19 du règlement (CE) n° 2381/95 du Conseil, du 10 octobre 1995, instituant un droit antidumping définitif sur les importations de carbonate disodique originaire des États-Unis d'Amérique et portant perception définitive du droit provisoire, *JOCE* L 244, 12 octobre 1995, p. 32). En effet, bien qu'ayant constaté des marges *de minimis* pour quatre exportateurs pakistanais de linge de lit, les importations qui leur étaient imputables avaient été prises en compte dans le volume des importations faisant l'objet d'un dumping (v. paragraphe 6.138 du rapport du Groupe spécial *CE – Linge de lit*, préc.).

¹⁴¹⁵ Ce résultat ressort du rapport de l'Organe d'appel *CE – Linge de lit (article 21 :5 - Inde)*, 8 avril 2003, WT/DS141/AB/RW (paragraphe 85 et 103) ; v. également le règlement (CE) n° 1644/2001, préc. (paragraphe 17, ii), 18 et 21 à 24).

¹⁴¹⁶ Article 17, paragraphe 1, du règlement de base ; v. article 6.10 du Code antidumping.

permet de n'examiner individuellement qu'un certain nombre de producteurs-exportateurs, alors même qu'elles établissaient pour une partie de l'échantillon des marges de dumping nulles ou *de minimis*, les institutions incluait dans le volume des importations faisant l'objet d'un dumping *toutes* les importations imputables à *tous* les autres producteurs-exportateurs n'ayant pas fait individuellement l'objet d'un examen¹⁴¹⁷, au lieu de ne les retenir qu'au *prorata* des importations de l'échantillon effectivement effectuées en dumping. Ce biais protectionniste fut condamné par l'Organe d'appel, qui a estimé qu'une telle pratique conduisait à un résultat partial, déséquilibré et inéquitable¹⁴¹⁸.

¹⁴¹⁷ Rapport de l'Organe d'appel *CE – Linge de lit (article 21 :5 - Inde)*, préc. (v. paragraphe 146), infirmant, sur ce point, le rapport du Groupe spécial *CE – Linge de lit (article 21 :5 - Inde)*, préc. Ainsi, alors que le réexamen avait conduit à la conclusion que deux sur cinq des producteurs-exportateurs ayant fait l'objet d'un examen individuel – représentant 53% des importations imputables aux cinq – n'avait pas pratiqué le dumping, les institutions avait considéré comme faisant l'objet d'un dumping toutes les importations des producteurs-exportateurs non examinés individuellement (v. paragraphe 103 du rapport de l'Organe d'appel *CE – Linge de lit (article 21 :5 - Inde)*, préc.

¹⁴¹⁸ Selon l'Organe d'appel *CE – Linge de lit (article 21 :5 - Inde)*, l'approche communautaire rendait plus probable la détermination de l'existence d'un préjudice subi par l'industrie communautaire (paragraphe 132 du rapport). Il a jugé qu'en considérant que « *toutes les importations provenant de tous les producteurs n'ayant pas fait l'objet d'un examen seront nécessairement toujours incluses dans le volume des importations fait l'objet d'un dumping [...] dès lors qu'il a été constaté que l'un des producteurs ayant fait individuellement l'objet d'un examen pratiquait le dumping* », autrement dit en présument, en toutes circonstances, que les importations de ces producteurs non inclus dans l'échantillon font l'objet d'un dumping, la détermination des institutions « *n'a pas abouti à un résultat impartial, équilibré et équitable* » ; par conséquent, la Communauté n'avait pas respecté son obligation fondamentale, au titre des articles 3.1 et 3.2 du Code antidumping, de procéder à un « *examen objectif* » (*Ibid.*, paragraphes 132 et 133 ; souligné dans le texte). Pour autant, l'Organe d'appel n'exige pas le prorata proposé par l'Inde. Il se borne à indiquer que le Code « *n'exige pas que le volume des importations provenant des producteurs non inclus dans l'échantillon qui sont considérées à bon droit comme "faisant l'objet d'un dumping"* » soit déterminé « *sur la base de la proportion des importations provenant des producteurs de l'échantillon dont il est constaté qu'elles font l'objet d'un dumping* » (paragraphe 146 ; v., également, paragraphe 138). Le rapport de l'Organe d'appel n'a pas donné lieu à un « *suivi spécifique* » (Comm. eur., *Vingt-deuxième rapport annuel de la Commission au Parlement européen sur les activités antidumping, antisubventions et de sauvegarde de la Communauté (2003)*, COM(2004) 828 final, 27 décembre 2004, 10 p. ; spéc. p. 9), en ce sens qu'un réexamen des conclusions initiales, pour tenir compte des conclusions de l'Organe d'appel, n'a pas été effectué : en effet, un réexamen intermédiaire partiel avait abouti à l'expiration des droits antidumping initialement institués. Mais, dans le cadre de ce réexamen intermédiaire des mesures initiales, les institutions n'ont pas appliqué leur ancienne pratique condamnée par l'Organe d'appel : elles n'ont pas inclus dans le volume des importations faisant l'objet d'un dumping toutes les importations provenant de tous les producteurs n'ayant pas fait l'objet d'un examen dès lors qu'elles avaient constaté que l'un des producteurs ayant fait individuellement l'objet d'un examen pratiquait le dumping. Le résultat, qui aurait pu être différent si elles avaient appliqué la pratique condamnée, était que les importations faisant l'objet d'un dumping étaient insuffisantes pour causer un préjudice important à l'industrie communautaire. Ainsi, la pratique antérieure des institutions montrait qu'elle était effectivement capable de favoriser la constatation d'un dumping préjudiciable (v. règlement (CE) n° 2239/2003 du Conseil, du 17 décembre 2003, clôturant le réexamen intermédiaire partiel et le réexamen au titre de l'expiration des mesures antidumping instituées par le règlement (CE) n° 2398/97 sur les importation de linge de

2° Les biais réduits en matière de facteurs de préjudice

381. L'examen des facteurs relatifs au préjudice a également dû être revu à la suite de rapports adoptés par l'ORD. La thèse de la Communauté selon laquelle l'article 3.4 du Code n'exigeait pas que, dans chaque enquête, *tous* les facteurs de préjudice énumérés¹⁴¹⁹ soient évalués, a été rejetée par le Groupe spécial *CE – Linge de lit*. Il a considéré que les quinze facteurs listés devaient *tous* être évalués dans chaque cas¹⁴²⁰, en précisant que, « *si les autorités peuvent déterminer que certains facteurs ne sont pas pertinents et ne jouent pas un rôle important dans la décision, elles ne peuvent pas simplement écarter ces facteurs mais doivent expliquer leur conclusions quant à l'absence de pertinence ou d'importance desdits facteurs* »¹⁴²¹. Ces constatations reprenaient celles du Groupe spécial *Mexique – Sirop de maïs*, formulées quelques mois auparavant¹⁴²². Le Groupe spécial *CE – Accessoires de tuyauterie*, approuvé par l'Organe d'appel, a ensuite admis que l'analyse d'un facteur puisse n'être effectuée qu'implicitement, à travers l'examen de l'évolution concernant d'autres facteurs¹⁴²³.

Nonobstant cette atténuation de l'exigence d'examen des quinze facteurs de préjudice, le renforcement des conditions de constatation d'un préjudice est de nature à réduire le risque de biais protectionnistes dans ce domaine. D'autant plus que la conclusion de l'examen de chacun des quinze facteurs doit apparaître dans la mesure adoptée. Cette obligation de motivation énoncée par le Groupe spécial *CE – Linge de*

lit en coton originaire, entre autres, de l'Inde, *JOUE* L 333, 20 décembre 2003, p. 3 ; spéc. paragraphes 31-39).

¹⁴¹⁹ Repris à l'article 3, paragraphe 5, du règlement de base.

¹⁴²⁰ Rapport du Groupe spécial *CE – Linge de lit*, préc. (paragraphes 6.153 à 6.159).

¹⁴²¹ *Ibid.* (paragraphe 6.162).

¹⁴²² Rapport du Groupe spécial *Mexique – Enquête antidumping concernant le sirop de maïs à haute teneur en fructose (SHTF) en provenance des États-Unis* (ci-après « *Mexique – Sirop de maïs* »), 28 janvier 2000, WT/DS132/R, (paragraphe 7.128). Cette obligation d'examen des quinze facteurs de préjudice a également été formulée dans d'autres affaires, notamment dans le rapport du Groupe spécial *Thaïlande – Droits antidumping sur les profilés en fer ou en acier non alliés et les poutres en H en provenance de Pologne* (ci-après « *Thaïlande – Poutres en H* »), 28 septembre 2000, WT/DS122/R (paragraphe 7.229), et dans celui de l'Organe d'appel *Thaïlande – Poutres en H*, 12 mars 2001, WT/DS122/AB/R (paragraphe 128).

¹⁴²³ Rapport du Groupe spécial *CE – Accessoires de tuyauterie*, WT/DS/219/R, préc. (paragraphe 7.310). L'Organe d'appel a confirmé cette constatation du Groupe spécial et a expliqué que le facteur en cause, relatif à la croissance, avait implicitement été examiné dans le cadre de l'évaluation d'autres facteurs dans laquelle pouvait être englobée celle relative à la croissance : rapport de l'Organe d'appel *CE – Accessoires de tuyauterie*, WT/DS/219/AB/R, 18 août 2003 (paragraphes 157 à 166, spéc. paragraphe 161).

lit, qui admettait qu'elle puisse n'être qu'implicite¹⁴²⁴, fut ensuite réitérée et renforcée. Le Groupe spécial *CE – Accessoires de tuyauterie* a ainsi sanctionné les institutions communautaires au motif que, dans aucune des mesures adoptées – droits provisoires puis droits définitifs –, il n'était pas « *directement discernable* » qu'elles avaient « *traité ou expliqué l'absence d'importance de certains facteurs* »¹⁴²⁵. Autrement dit, l'encadrement multilatéral, tel qu'interprété, exige que les déterminations provisoires et finales publiées fassent apparaître que chaque facteur a été examiné et expliquent le résultat de l'analyse¹⁴²⁶.

382. À la suite de l'adoption par l'ORD des rapports *CE – Linge de lit* et *CE – Accessoires de tuyauterie*, les institutions communautaires ont modifié leur pratique. Elles examinent systématiquement, dans chaque enquête, tous les facteurs visés par l'article 3, paragraphe 5, du règlement de base¹⁴²⁷. Une telle obligation d'examen de tous les facteurs de préjudice, fut-il implicite pour certains d'entre eux car effectué à travers l'examen d'autres facteurs, est susceptible de rendre plus difficile le constat d'un préjudice important et cette obligation, doublée par celle de motivation, paraît apte à réduire la potentialité de biais dans la détermination du préjudice¹⁴²⁸.

*

383. La transposition des dispositions du dernier Code antidumping dans la législation européenne a contribué à la réduction de certains biais protectionnistes

¹⁴²⁴ Rapport du Groupe spécial *CE – Linge de lit*, préc. (paragraphe 6.163) : le Groupe spécial indiquait que l'absence de pertinence ou d'importance de certains facteurs pouvait n'apparaître que de façon implicite dans la mesure adoptée.

¹⁴²⁵ Rapport du Groupe spécial *CE – Accessoires de tuyauterie*, WT/DS/219/R, préc. (v. paragraphes 7.314 et paragraphes 7.432 à 7.435).

¹⁴²⁶ Le « manquement » des institutions à leur obligation, à cet égard, au titre du Code antidumping, a été corrigé dans le règlement (CE) n° 436/2004 du Conseil, préc. (v. paragraphes 22 à 38, où sont présentés les résultats de l'analyse de six facteurs de préjudice).

¹⁴²⁷ Ivo VAN BAEL et Jean-François BELLIS, *Anti-Dumping and other Trade Protection Laws of the EC*, 4^{ème} éd., préc. ; spéc. p. 212, et *EU Anti-Dumping and Other Trade Defence Instruments*, 5^{ème} éd., *op. cit.* ; spéc. p. 274.

¹⁴²⁸ Un autre aspect de la pratique communautaire en matière de détermination du préjudice a été considéré incompatible avec l'article 3.4 du Code antidumping ; il concerne la source des informations. La pratique des institutions communautaires consistant, dans certains cas, à tenir compte, pour évaluer le préjudice important, d'informations concernant des producteurs non inclus dans l'industrie communautaire (telle que définie dans l'affaire considérée) ou ne produisant plus le produit considéré, a été jugée incompatible par le Groupe spécial *CE – Linge de lit*, préc. (paragraphe 6.183). Cette pratique incompatible ne semblait pas de nature à favoriser le constat d'un préjudice important. La mise en œuvre des conclusions du Groupe spécial, par l'élimination des données relatives aux producteurs ne faisant pas partie de l'industrie communautaire, n'a pas abouti à une conclusion différente s'agissant de l'existence d'un préjudice important (v. règlement (CE) n° 1644/2001, préc. (paragraphes 17, 19 et 25 à 51)).

jusqu' alors existants. Certes, sur quelques points, le Code a consacré des initiatives communautaires antérieures réductives de biais. Mais, sur d' autres, il a contraint les législations et pratiques européennes à progresser. En outre, les solutions apportées par des groupes spéciaux et l' Organe d' appel dans plusieurs différends engagés contre la Communauté par des tiers, ont conduit à l' adoption de solutions favorables à la réduction des biais, notamment s' agissant de la pratique hautement contentieuse de la réduction à zéro.

Mais des biais demeurent, notamment par l' application persistante de la technique du *zeroing* dans le cadre de la méthode asymétrique. Ainsi, outre la liberté de l' Union de réduire davantage la coloration protectionniste de son action antidumping, dont les pistes de mise en œuvre peuvent être scrutées, puisqu' est établie l' aptitude des amendements à l' encadrement multilatéral à réduire les biais, il convient aussi d' envisager les réductions qui pourraient résulter de l' adoption d' un quatrième code.

Section 2 – Les réductions de biais protectionnistes réalisables

384. L' évolution de la législation et de la pratique administrative dans l' Union depuis 1994 révèle qu' une réduction des biais protectionnistes en matière antidumping est réalisable et incite à envisager les modifications additionnelles qui pourraient les réduire davantage. Deux types de modifications additionnelles envisageables doivent être distingués : en premier lieu, celles qui pourraient être apportées par une modification des règles de l' OMC, en particulier lors des négociations commerciales multilatérales du Cycle de Doha, dans lesquelles la conclusion d' un quatrième Code antidumping est envisagée (§ **I.**) ; en second lieu, celles qui, indépendamment d' un éventuel nouveau Code, pourraient être unilatéralement adoptées par l' Union européenne dans le cadre de la latitude reconnue aux Membres de l' OMC par l' actuel encadrement multilatéral (§ **II.**).

§ I. Les modifications multilatéralement envisageables de la discipline antidumping de l'OMC

385. L'adoption d'un quatrième Code antidumping, dans le cadre du Cycle de Doha initié en 2001, mais jusqu'à présent inachevé, pourrait permettre de réduire davantage les biais protectionnistes de l'action antidumping, notamment européenne, en apportant des précisions et des révisions de certaines des règles multilatérales qui seraient ensuite transposées dans la législation de l'Union. Outre les modifications proposées dans les projets de nouveau Code qui pourraient être retenues (A.), quelques autres peuvent être suggérées (B.).

A. Les modifications proposées dans le cadre des négociations du Cycle de Doha

386. Les objectifs assignés aux négociateurs du quatrième Code antidumping étant limités (1°), le renforcement de la discipline antidumping devrait s'avérer faible et peu apte à réduire la coloration protectionniste des mesures de défense commerciale contre le dumping (2°).

1° Les objectifs du Cycle de Doha en matière antidumping

387. Lors du lancement d'un nouveau cycle de négociations, à Doha, à l'automne 2001, à l'occasion de la Quatrième session de la Conférence ministérielle de l'OMC, mandat fut donné au Groupe de négociation sur les règles de travailler à la clarification et à l'amélioration des disciplines antidumping, anti-subsidiation et sauvegarde. Ce travail devait être effectué sans remettre en cause ni les concepts et principes fondamentaux, ni l'efficacité et les objectifs des instruments de défense commerciale que ces trois disciplines encadrent. Les négociations devaient, par ailleurs, conduire à la prise en compte des besoins des Membres en développement les moins avancés¹⁴²⁹.

¹⁴²⁹ OMC, *Déclaration ministérielle*, adoptée le 14 novembre 2001 par la quatrième session de la Conférence ministérielle de l'OMC, à Doha, dite « Déclaration de Doha », WT/MIN(01)/DEC/1, paragraphe 28 : « *Au vu de l'expérience et de l'application croissante de ces instruments par les Membres, nous convenons de négociations visant à clarifier et à améliorer les disciplines prévues par les Accords sur la mise en œuvre de l'article VI du GATT de 1994 et sur les subventions et les mesures compensatoires, tout en préservant les concepts et principes fondamentaux ainsi que*

À première vue, le Cycle de Doha accorde à la discipline antidumping une importance plus grande que celle qui lui avait été initialement reconnue lors du précédent Cycle de l'Uruguay¹⁴³⁰. Le résultat des négociations montrera si ces prémisses, plus favorables, auront favorisé des évolutions plus significatives que celles réalisées par l'Accord antidumping de 1994. L'intangibilité proclamée des concepts et principes fondamentaux devrait, cependant, empêcher toute réforme majeure. Et l'enlisement des négociations laisse présager un compromis minimaliste, si tant est qu'un accord puisse être signé.

Par une déclaration du 22 décembre 2005, adoptée lors de la Sixième session de la Conférence ministérielle de l'OMC, à Hong-Kong, les Ministres ont précisé l'objectif de ces négociations s'agissant de la discipline antidumping. D'une part, ils ont souligné que les propositions de clarifications et d'améliorations dans ce domaine devront tenir compte de la nécessité d'éviter le recours injustifié aux mesures antidumping. D'autre part, ils ont indiqué que les négociations devront clarifier et améliorer les règles concernant, entre autres choses, les déterminations du dumping, du dommage et du lien de causalité.

388. Un premier projet de nouveau Code a été présenté par le Président du Groupe de négociation sur les règles le 30 novembre 2007¹⁴³¹. L'approche suivie par le Président consistait à proposer des révisions ouvertes à la négociation, en vue d'atteindre un résultat équilibré tenant compte des intérêts de tous les participants. Par la suite, en mai 2008, un document de travail du Président fut diffusé : y étaient rapportées toutes

l'efficacité de ces accords et leurs instruments et objectifs, et en tenant compte des besoins des participants en développement les moins avancés ».

¹⁴³⁰ V. *supra* n° 12. En effet, la discipline antidumping n'avait pas été au nombre des sujets perçus comme majeurs par les États lors du lancement du Cycle de l'Uruguay. Il n'en fut guère question au cours des phases préparatoires au lancement du cycle (1982-1986) comme lors des premières négociations (1987-1990). La déclaration ministérielle de Punta del Este du 20 septembre 1986, qui lança formellement le Cycle de l'Uruguay, ne mentionnait pas l'antidumping comme sujet de négociations. Ce n'est que dans les années 1990-1993, avec la création au sein du Groupe de négociation sur les accords et arrangements MTN (sigle de l'expression anglaise *Multilateral Trade Negotiations*, désignant les négociations sur les accords et arrangements issus du Cycle de Tokyo) d'un groupe informel sur l'antidumping, qu'il devint une véritable préoccupation et un enjeu de la négociation (v. Mark KOULEN, « The New Anti-Dumping Code through its Negotiating History », préc. ; spéc. p. 152-155).

¹⁴³¹ OMC, Groupe de négociations sur les règles, *Projets de textes récapitulatifs des accords antidumping et SMC présentés par le Président*, TN/RL/W/213, 30 novembre 2007.

les propositions de modifications « *fondées sur un texte* »¹⁴³² (à distinguer des nombreuses propositions formulées par des Membres non accompagnées d'une proposition de texte révisé¹⁴³³). Face aux critiques, une approche nouvelle a été adoptée et de nouveaux projets ont été proposés le 19 décembre 2008¹⁴³⁴, puis le 21 avril 2011¹⁴³⁵. L'approche « *nouvelle et ascendante* »¹⁴³⁶ suivie dans les deuxième et troisième projets consiste, en raison des divergences considérables entre les positions des Membres sur certains sujets, à ne proposer des révisions que dans les domaines où « *un certain degré de convergence* » paraît exister. Quant aux questions pour lesquelles une base fait défaut pour un compromis et, *a fortiori*, pour une proposition de « *libellé spécifique* », les projets se bornent à formuler la question et à résumer, « *en termes généraux, les différents points de vue exprimés à son sujet* »¹⁴³⁷. Tel est le cas, par exemple, de la question de la réduction à zéro dans le cadre du calcul de la marge de dumping.

Un éventuel accord sur un nouveau Code impliquant de réaliser un équilibre entre les intérêts de tous les participants aux négociations, et compte tenu de leurs objectifs très différents et, dans de nombreux cas, inconciliables¹⁴³⁸, le résultat ne saurait être ambitieux. Les négociations, suspendues en 2011, n'ont pas encore repris¹⁴³⁹.

2° Les modifications envisagées dans les projets de nouveau Code antidumping

389. Compte tenu de leur commune ambition limitée, et faute de consensus sur les questions politiques majeures, les deuxième et troisième projets ne proposent de modifications que sur quelques détails techniques.

¹⁴³² OMC, Groupe de négociations sur les règles, *Document de travail du Président*, TN/RL/W/232, 28 mai 2008, annexe A.

¹⁴³³ Antérieurement résumées dans : OMC, Groupe de négociations sur les règles, *Note du Président – Compilation des questions et propositions identifiées par les participants au Groupe de négociations sur les règles*, TN/RL/W/143, 22 août 2003.

¹⁴³⁴ OMC, Groupe de négociations sur les règles, *Nouveaux projets de textes récapitulatifs des accords antidumping et SMC présentés par le président*, TN/RL/W/236, 19 décembre 2008 (p. 3 à 37 s'agissant de l'antidumping).

¹⁴³⁵ OMC, Groupe de négociations sur les règles, *Communication du président*, TN/RL/W/254, 21 avril 2011 (« *texte juridique révisé* » concernant l'antidumping aux p. 3 à 38).

¹⁴³⁶ Nous comprenons que l'approche est qualifiée d'*ascendante* parce que le Président part des propositions des Membres pour lesquels un certain degré de convergence est possible ; il ne propose plus un texte avec ses propositions soumises ensuite à la discussion des Membres (approche qui serait alors *descendante*).

¹⁴³⁷ OMC, Groupe de négociations sur les règles, document TN/RL/W/236, préc. ; spéc. p. 1.

¹⁴³⁸ V. OMC, Groupe de négociations sur les règles, document TN/RL/W/213 ; préc. ; spéc. p. 2

¹⁴³⁹ OMC, Groupe de négociation sur les règles, *Rapport du président du groupe de négociation sur les règles, vendredi 14 mars 2014*, TN/RL/W/255, 25 mars 2014.

390. À propos de la détermination de l'existence d'un dumping, trois modifications sont proposées relativement à la répartition des frais¹⁴⁴⁰, à la conversion de monnaies et à la comparaison par modèles et/ou types du produit considéré.

Quant à la répartition des frais¹⁴⁴¹, ne figure plus dans le troisième projet la modification envisagée dans le deuxième qui affaiblissait¹⁴⁴² l'exigence d'utilisation du type de répartition traditionnellement utilisé par le producteur ou l'exportateur concerné. Au texte actuel est seulement apportée une nuance : à l'exigence précitée succède la condition que la répartition ne diffère d'aucune répartition traditionnellement utilisée par le producteur ou l'exportateur concerné¹⁴⁴³.

S'agissant de la conversion de monnaie, les deux projets proposent de préciser qu'elle devrait être effectuée en utilisant le taux de change « *obtenu auprès d'une source reconnue comme faisant autorité* »¹⁴⁴⁴ et d'exiger, d'une part, que les législations antidumping des Membres indiquent la source reconnue comme faisant autorité normalement utilisée, ainsi que la méthode spécifique normalement suivie pour la conversion de monnaies et, d'autre part, que les Membres soient tenus d'expliquer, dans chaque cas particulier, leur application et, le cas échéant, les raisons pour lesquelles ils se départissent, dans un cas particulier, de cette source et de cette méthode spécifique. L'objectif poursuivi par ces précisions en matière de conversion de monnaies est de réduire la marge discrétionnaire des autorités antidumping.

Enfin, en matière de comparaison génératrice de la marge de dumping, les projets visent la pratique de certains Membres, dont l'Union européenne, consistant à distinguer *dans* le produit considéré, plusieurs « *modèles, types, classes ou spécifications techniques différents* ». Le dernier projet suggère d'offrir aux parties

¹⁴⁴⁰ Cette ventilation, ou répartition, des frais, intervient dans le cadre de l'identification des opérations commerciales anormales en raison du prix et/ou lors de la construction de la valeur normale.

¹⁴⁴¹ Ces frais sont constitués des « *coûts de production* » et des « *frais de ventes, dépenses administratives et autres frais généraux* » (les *frais VAG*) : v. article 2, paragraphes 5 et 6, du règlement de base.

¹⁴⁴² Elle était affaiblie puisqu'il ne s'agissait plus d'une *condition* mais d'un « *compte dûment tenu* » : v. OMC, Groupe de négociations sur les règles, document TN/RL/W/236, préc., spéc. p. 4.

¹⁴⁴³ Reconnaissant ainsi qu'un producteur-exportateur peut avoir plusieurs types de répartition traditionnellement utilisés : v. OMC, Groupe de négociations sur les règles, document TN/RL/W/254, préc., spéc. p. 4.

¹⁴⁴⁴ Une note compléterait cette précision en indiquant quelles sources peuvent être considérées comme faisant autorité : OMC, Groupe de négociations sur les règles, documents TN/RL/W/213, préc., spéc. p. 5 et TN/RL/W/254, préc., spéc. p. 5.

intéressées – dont les exportateurs et producteurs étrangers¹⁴⁴⁵ – « *la possibilité d'exprimer leur vues au sujet d'un classement par catégorie et d'une mise en correspondance possibles aux fins de la comparaison* »¹⁴⁴⁶.

391. Certaines propositions du premier projet en matière de détermination du dumping ont, en revanche, été abandonnées dans les deux projets ultérieurs.

Tel fut le sort de la suggestion d'introduire une définition du *produit considéré* parallèlement à celle, existante, du *produit similaire*, abandonnée en raison de divergences de vue, notamment sur le rôle des caractéristiques physiques et du marché pour déterminer le produit considéré.

De même, la suggestion d'interdire partiellement la réduction à zéro a disparu. L'interdiction de ce biais flagrant, proposée dans le cadre de la méthode de comparaison symétrique moyenne à moyenne, parallèlement à son autorisation lorsque couplée à la méthode symétrique transaction par transaction ou à la méthode asymétrique¹⁴⁴⁷, ne fait pas consensus. Cette double proposition était notamment critiquée par l'Union¹⁴⁴⁸. Les deuxième et troisième projets rapportent la profonde division des Membres sur la question de la réduction à zéro¹⁴⁴⁹. S'opposent ceux qui réclament une prohibition totale à ceux qui revendiquent une autorisation dans tous les contextes et tentent, ainsi, de renverser la jurisprudence de l'Organe d'appel considérant la réduction à zéro incompatible avec l'actuel Code antidumping – à ce jour dans le cadre des deux méthodes symétriques¹⁴⁵⁰.

¹⁴⁴⁵ Seuls bénéficiaires de cette nouvelle possibilité déjà prévue dans le deuxième projet : OMC, Groupe de négociations sur les règles, document TN/RL/W/213, préc. ; spéc. p. 6.

¹⁴⁴⁶ OMC, Groupe de négociations sur les règles, document TN/RL/W/254, préc., spéc. p. 6.

¹⁴⁴⁷ V., OMC, Groupe de négociations sur les règles, document TN/RL/W/213, préc. ; spéc. p. 7. Et v. *supra* n° 326 et s. (pour une description de ces méthodes de comparaison de la valeur normale et du prix à l'exportation) et n° 365 et s. (sur la question de la réduction à zéro).

¹⁴⁴⁸ V. Comm. eur., *Vingt-sixième rapport annuel au Parlement européen sur les activités antidumping, antisubventions et de sauvegarde de la Communauté* (2007), COM(2008) 3073 final, 19 décembre 2008, 9 p. ; spéc. p. 8 et Comm. eur., *Staff working document accompanying document to the 26th annual report from the Commission to the European Parliament on the Community's anti-dumping, anti-subsidy and safeguard activities* (2007), SEC(2008) 3073, 19 décembre 2008, 150 p. ; spéc. p. 56.

¹⁴⁴⁹ OMC, Groupe de négociations sur les règles, documents TN/RL/W/236, préc., spéc. p. 6, et TN/RL/W/254, préc., spéc. p. 6.

¹⁴⁵⁰ V., également, à cet égard, OMC, Groupe de négociations sur les règles, document TN/RL/W/232, préc., annexe A ; spéc. pages A-13 et A-14.

392. S'agissant de la détermination de l'existence d'un préjudice important, au sens très large¹⁴⁵¹, les modifications proposées portent : 1) sur la définition des importations faisant l'objet d'un dumping prises en compte pour l'évaluation du dommage – en prévoyant l'exclusion de celles pour lesquelles une marge de dumping égale à zéro ou *de minimis* est constatée ; 2) sur l'ajout de précisions concernant la détermination concluant à une menace de dommage important ; et 3) sur l'introduction d'une obligation de motivation de l'exclusion de la branche de production nationale des producteurs liés à des exportateurs ou importateurs¹⁴⁵².

393. Mais, relativement à plusieurs autres propositions du premier projet concernant le préjudice, les projets subséquents rapportent les divergences de vue entre les Membres.

Ainsi, à propos de la notion de *retard important dans la création d'une branche de production nationale*¹⁴⁵³, non définie dans l'actuel Code – et pas davantage précisée par le règlement européen de base – le premier projet envisageait d'introduire des dispositions selon lesquelles : premièrement, la détermination de l'existence d'un tel retard « *se fondera sur des faits, et non pas seulement sur des allégations, des conjectures ou de lointaines possibilités* » ; deuxièmement, une industrie « *pourra être considérée comme étant en cours de création dans les cas où un engagement de ressources véritable et substantiel a été pris pour la production nationale d'un produit similaire qui n'était pas produit antérieurement sur le territoire du membre importateur, mais où la production n'a pas encore commencé ou n'a pas encore atteint des quantités commerciales* »¹⁴⁵⁴ ; et, troisièmement, l'examen de l'incidence des importations en dumping sur la création d'une industrie pourra tenir compte

¹⁴⁵¹ C'est-à-dire la « *détermination de l'existence d'un dommage* » (au sens de l'article 3 du Code antidumping), incluant la détermination du dommage/préjudice *stricto sensu* et celle du lien de causalité avec le dumping, mais aussi la « *définition de la branche de production nationale* » (au sens de l'article 4 du Code) à laquelle est causé un dommage important.

¹⁴⁵² V., en dernier lieu, OMC, Groupe de négociations sur les règles, document TN/RL/W/254, préc., spéc., respectivement, p. 7 (note n° 11), p. 8 et p. 9-10 (note n° 14).

¹⁴⁵³ Dans la législation de base européenne, l'expression *industrie de l'Union* remplace celle d'*industrie nationale* du Code antidumping.

¹⁴⁵⁴ Étant précisé, toutefois, dans une nouvelle note, qu'une branche de production pourra être considérée en cours de création « *nonobstant l'existence de producteurs établis du produit similaire national, si ces producteurs établis ne sont pas à même de répondre à la demande intérieure du produit en question dans une mesure substantielle* » (sous-capacité de l'industrie), et qu'« *il est entendu qu'en aucun cas une branche de production ne sera considérée comme étant en cours de création si la capacité de production collective des producteurs établis dépasse 10 pour cent de la demande intérieure du produit en question* » (surcapacité de l'industrie) (OMC, Groupe de négociations sur les règles, document TN/RL/W/213, préc. ; spéc. p. 10-11).

d' « éléments de preuve concernant, entre autres, la capacité installée, les investissements effectués et les financements obtenus, et des études de faisabilité, plans d'investissement ou études de marché »¹⁴⁵⁵.

Quant au lien de causalité, le premier projet proposait d'indiquer que l'analyse des autres facteurs de dommage puisse être qualitative (et non pas seulement quantitative), et d'introduire une obligation de séparer et distinguer les effets dommageables de ces autres facteurs de ceux des importations en dumping, nuancée par la liberté de ne pas quantifier chacun de ces effets et de ne pas évaluer le rapport entre les poids respectifs des effets dommageables des importations faisant l'objet d'un dumping et des effets des autres facteurs¹⁴⁵⁶.

Enfin, en matière d'exclusion de certains producteurs de la branche de production nationale, le projet initial suggérait d'ajouter au Code une note¹⁴⁵⁷ exposant les éléments à prendre en considération pour déterminer s'il y a lieu de procéder à une telle exclusion, dans le cas où ce producteur est lui-même importateur du produit considéré, ainsi que les circonstances devant normalement conduire à renoncer à cette exclusion¹⁴⁵⁸.

¹⁴⁵⁵ Une note devait préciser, à cet égard, que « les Membres reconnaissent qu'un examen concernant un retard important possible se rapporte à l'incidence des importations faisant l'objet d'un dumping sur les efforts faits par la branche de production pour se créer, et que ce type d'incidence peut ne pas se traduire par une baisse effective ou potentielle des résultats. Néanmoins, les autorités évalueront, dans la mesure où les données existent, les renseignements disponibles en ce qui concerne tous les facteurs et indices économiques pertinents pour un examen de l'existence d'un retard important dans la création de la branche de production nationale en question » (OMC, Groupe de négociations sur les règles, document TN/RL/W/213, préc. ; spéc. p. 10-11).

¹⁴⁵⁶ OMC, Groupe de négociations sur les règles, document TN/RL/W/213, préc. ; spéc. p. 9.

¹⁴⁵⁷ Seule une seconde note, relative à l'obligation de motivation de l'exclusion de ces producteurs-importateurs ainsi que des producteurs liés aux exportateurs ou importateurs, étant maintenue dans les projets ultérieurs.

¹⁴⁵⁸ Selon cette note proposée mais non reprise, devraient être prises en considération, « entre autres, l'ampleur des importations de ce produit effectuées par ce producteur par rapport à ses ventes totales du produit similaire national sur le marché du pays importateur et la gamme des marchandises dont il est allégué qu'elles font l'objet d'un dumping importées par ce producteur par rapport à la gamme de sa production nationale et de ses ventes du produit similaire sur le marché intérieur. » Par conséquent, « [l]es éléments de preuve établissant que les importations du produit dont il est allégué qu'il fait l'objet d'un dumping effectuées par le producteur sont peu importantes par rapport à ses ventes totales du produit similaire national sur le marché du pays importateur ou que les marchandises importées par ce producteur représentent un nombre limité de modèles par rapport à la gamme des modèles du produit similaire national produit et vendu sur le marché intérieur par le producteur amèneraient normalement à conclure que le producteur ne devrait pas être exclu de la branche de production nationale. » (OMC, Groupe de négociations sur les règles, document TN/RL/W/213, préc. ; spéc. p. 11-12).

B. Les autres modifications envisageables de l'encadrement multilatéral

394. Des modifications à l'actuel Code antidumping autres que celles contenues dans les projets successivement présentés par le Président du Groupe de négociation sur les règles, pourraient être envisagées.

Parmi les modifications suggérées par les Membres participants au Groupe de négociation sur les règles, ignorées des projets successifs de nouveau Code, et probablement condamnées à demeurer sans suite, certaines paraissent aptes à réduire des biais protectionnistes dans l'action antidumping de tous les Membres¹⁴⁵⁹. Tel est, notamment, le cas du relèvement de 20% à 30% du seuil d'exclusion des ventes à pertes aux fins de la détermination de la valeur normale¹⁴⁶⁰ ; de la définition des *parties affiliées* au sens de l'article 2.3 du Code, relatif à la détermination du prix à l'exportation, dans le but d'empêcher le constat d'une affiliation sur la seule base d'un contrôle limité¹⁴⁶¹ ; de l'obligation de prendre en compte les prix des ventes entre *parties affiliées*, lorsque le producteur-exportateur concerné établirait, selon l'une des trois comparaisons proposées, que les prix ne sont pas affectés par cette affiliation¹⁴⁶² ; et du renforcement des conditions d'évaluation cumulative du dommage¹⁴⁶³.

395. Par ailleurs, bien qu'elle ne semble pas avoir été proposée par l'un quelconque des Membres participant au Groupe de négociation sur les règles¹⁴⁶⁴, une modification

¹⁴⁵⁹ Ces propositions sont récapitulées par le président du Groupe de négociation sur les règles dans un *Document de travail du Président* du 28 mai 2008, TN/RL/W/232. Elles ne se confondent pas avec les très nombreuses *questions et propositions identifiées par les participants au Groupe de négociation sur les règles* compilées et résumées dans une *Note du Président* du 22 août 2003, TN/RL/W/143 : la plupart des propositions mentionnées dans cette note sont vagues et s'apparentent, en réalité, à de simples souhaits de révisions du Code antidumping ou à la formulation de questions qui devraient faire l'objet de discussions.

¹⁴⁶⁰ OMC, Groupe de négociations sur les règles, document TN/RL/W/232, préc. ; spéc. p. A-5 ; sur cette question de l'exclusion des ventes à perte, v. *supra* n° 297-299.

¹⁴⁶¹ OMC, Groupe de négociations sur les règles, document TN/RL/W/232, préc. ; spéc. p. A-9 et A-10 et v., également, la contribution de plusieurs membres, document TN/RL/W/10, 28 juin 2002, 8 p. ; spéc. p. 4-5. Le Code actuel ne définit la notion de *parties affiliées* que dans le cadre de la détermination de la branche de production nationale. Sur cette question des *parties affiliées*, v. *supra* n° 295-296.

¹⁴⁶² OMC, Groupe de négociations sur les règles, document TN/RL/W/232, préc. ; spéc. p. A-16 et A-17.

¹⁴⁶³ OMC, Groupe de négociations sur les règles, document TN/RL/W/232, préc. ; spéc. p. A-22 et A-23 ; sur cette question du cumul, v. *supra* n° 342.

¹⁴⁶⁴ Ni la *Note du Président – Compilation des questions et propositions identifiées par les participants au Groupe de négociation sur les règles*, du 22 août 2003 (TN/RL/W/143), ni le *Document de travail du Président*, du 28 mai 2008 (TN/RL/W/232), récapitulant toutes les

de portée plus générale que les révisions ponctuelles jusqu'ici envisagées mérite d'être évoquée : l'introduction dans le nouveau Code d'un *préambule* énonçant les objectifs¹⁴⁶⁵ de l'encadrement des législations antidumping des Membres, et décrivant l'esprit dans lequel cette discipline devrait être respectée et transposée¹⁴⁶⁶ – objectifs et esprit dans le cadre desquels ces législations antidumping devraient être interprétées et appliquées.

Contrairement aux accords antérieurs, l'actuel Code antidumping est dépourvu de préambule. Outre l'objectif général de la discipline antidumping – d'assurer que la lutte contre le dumping ne constitue pas une « *entrave injustifiable au commerce international* » –, les préambules des premier et second Codes soulignaient la nécessité d'un lien de causalité entre le dumping et le préjudice important¹⁴⁶⁷. À défaut de figurer dans préambule nouvellement créé, de telles indications, relatives aux objectifs de l'action antidumping et au lien de causalité, pourraient être introduites dans l'existant article premier consacré aux *principes*.

396. Un nouveau préambule, reprenant, notamment, les anciens préambules et les propositions avancées au cours du Cycle de l'Uruguay, mais restées sans suite¹⁴⁶⁸, pourrait énoncer les objectifs de la discipline et, dans ce cadre, imposer une orientation concurrentielle dans l'utilisation du large pouvoir d'appréciation dont

propositions présentées par les Membres, ne mentionnent une quelconque proposition d'introduction d'un préambule et aucune contribution ultérieure d'un Membre ne semble avoir été faite à cet égard.

¹⁴⁶⁵ Il est intéressant de relever que l'annexe D de la *Déclaration ministérielle* du 18 décembre 2005 (WT/MIN(05)/DEC) énonce de tels objectifs : « *demandons aux participants, quand ils envisageront des clarifications et des améliorations possibles dans le domaine de l'antidumping, de tenir compte, entre autres choses, a) de la nécessité d'éviter le recours injustifié aux mesures antidumping, [...] ; et b) de l'opportunité de limiter les coûts et la complexité des procédures pour les parties intéressées comme pour les autorités chargées de l'enquête* ».

¹⁴⁶⁶ Les préambules respectifs des premier et deuxième codes antidumping énonçaient : « *Reconnaissant que les méthodes de lutte contre le dumping ne devraient pas constituer une entrave injustifiable au commerce international* ».

¹⁴⁶⁷ Exigence d'un lien de causalité exprimée dans les termes suivants : « *Reconnaissant [...] que des droits antidumping ne peuvent être utilisés contre le dumping que s'il cause ou menace de causer un préjudice important à une branche de production établie ou s'il retarde sensiblement la création d'une branche de production* » ; premier Code publié au *JOCE* L 305, 19 décembre 1968, p. 12 ; deuxième Code publié au *JOCE* L 71, 17 mars 1980, p. 90.

¹⁴⁶⁸ Lors du Cycle de l'Uruguay, Hong-Kong avait présenté des amendements au préambule et à l'article premier du second Code concernant la détermination de l'existence d'un dumping préjudiciable. Il proposait d'empêcher toute réponse antidumping contre les décisions tarifaires correspondant soit à des pratiques commerciales habituelles, soit à un alignement des prix sur la concurrence prévalant dans le pays d'importation. Quant aux pays nordiques, ils avaient suggéré d'amender le préambule et l'article premier afin de renforcer le lien de causalité : v. Mark KOULEN, « *The New Anti-Dumping Code through its Negotiating History* », préc. ; spéc. note n° 41.

jouissent les autorités compétentes des Membres. Ce préambule orienterait l'usage de cette marge d'appréciation vers la solution, parmi celles possibles, provoquant la restriction la plus faible au commerce des produits considérés et, ainsi, la moins forte à la concurrence sur le marché d'importation. Certes, l'imprécision d'une telle directive et la difficulté, voire l'impossibilité, d'en contrôler l'application, doivent être reconnues. Mais une telle orientation aurait le mérite d'énoncer l'esprit dans lequel le Code antidumping et les législations antidumping des Membres devraient être interprétés et appliqués. L'orientation serait inscrite dans un préambule, lequel ferait partie du contexte dans lequel le Code devrait être interprété¹⁴⁶⁹. Elle guiderait la mise en œuvre quotidienne des législations antidumping, et, en tout état de cause, la manière dont les groupes spéciaux et l'Organe d'appel interpréteraient le Code lorsqu'un différend leur serait soumis.

L'introduction d'une telle orientation pourrait être inspirée par le préambule de l'accord sur les sauvegardes. Les Membres de l'OMC y reconnaissent, notamment, « *la nécessité d'accroître plutôt que de limiter la concurrence sur les marchés internationaux* », sans toutefois que cette reconnaissance ne crée une obligation juridiquement sanctionnée¹⁴⁷⁰. Néanmoins, dans plusieurs différends concernant des mesures de sauvegarde, soit le groupe spécial constitué, soit l'Organe d'appel, se sont

¹⁴⁶⁹ L'article 3.2 du Mémorandum d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends dispose, expressément, que le système de règlement des différends a pour objet de clarifier les dispositions des accords (y compris l'Accord antidumping) « *conformément aux règles coutumières d'interprétation du droit international public* ». Or, il existe une convention internationale, la Convention de Vienne sur le droit des traités, qui a codifié certaines de ces règles coutumières d'interprétation des traités. Bien que non visée par le Mémorandum, cette Convention peut servir de point de référence pour déterminer les règles coutumières applicables (v., à cet égard, Organe d'appel *États-Unis – Normes concernant l'essence, nouvelle et ancienne formules*, WT/DS2/AB/R, rapport du 29 avril 1996 (spéc. p. 18) ; Organe d'appel, *Japon – Taxes sur les boissons alcooliques*, WT/DS8/AB/R, WT/DS10/AB/R et WT/DS11/AB/R, rapport du 4 octobre 1996 (spéc. p. 12). L'article 31 de la Convention de Vienne dispose qu'« 1. *Un traité doit être interprété de bonne foi suivant le sens ordinaire à attribuer aux termes du traité dans leur contexte et à la lumière de son objet et de son but* » et que « 2. *Aux fins de l'interprétation d'un traité, le contexte comprend, outre le texte, préambule et annexes inclus* » (soulignement ajouté).

Les interprétations des groupes spéciaux et de l'Organe d'appel ne s'appliquent qu'aux parties à un différend particulier et à l'objet de celui-ci. En revanche, les « *interprétations* » que les Membres peuvent solliciter de la Conférence ministérielle ou du Conseil général de l'OMC, en application de l'article IX.2 de l'Accord sur l'OMC, font autorité pour l'ensemble des Membres de l'OMC. À notre connaissance, une telle « *interprétation* » n'a jamais été sollicitée s'agissant de l'Accord antidumping.

¹⁴⁷⁰ Nicolas LIGNEUL, *L'élaboration d'un droit international de la concurrence entre les entreprises* (thèse), Bruylant, Bruxelles, 2001, 382 p. ; spéc. p. 56.

appuyés sur ce préambule, y compris sur la phrase précitée¹⁴⁷¹, pour conforter leur interprétation de la discipline en matière de sauvegarde¹⁴⁷².

L'introduction d'une telle phrase, similaire à celle du préambule de l'accord sur les sauvegardes, dans le nouveau préambule d'un futur quatrième Code antidumping pourrait, en manifestant la volonté des Membres d'accroître la concurrence, guider les groupes spéciaux et l'Organe d'appel dans leur interprétation de ce Code et l'appréciation de la compatibilité des mesures adoptées par les Membres. Ainsi cette phrase conduirait-elle à une rédaction et une application moins protectionnistes des législations antidumping. La marge de discrétion que le degré de précision atteint par le Code antidumping (et les législations nationales le transposant) ne peut faire disparaître, devrait alors être utilisée en tenant compte d'une telle finalité pro-concurrentielle.

397. En quatrième et dernier lieu, dans la même perspective que précédemment, l'article 17.6 du Code antidumping, auquel les successifs projets du Président du Groupe de négociation sur les règles ne proposent aucun changement, pourrait être modifié afin qu'en présence de plusieurs « *interprétations admissibles* » du Code, les groupes spéciaux et l'Organe d'appel soient tenus de considérer incompatibles les mesures prises par un Membre ne reposant pas sur celle portant le moins atteinte à l'objet et à la finalité de la discipline antidumping.

398. L'issue des négociations en ce qui concerne l'antidumping est difficilement prévisible, notamment s'agissant de la question de la réduction à zéro, question

¹⁴⁷¹ Groupe spécial *États-Unis – Mesures de sauvegarde à l'importation de viande d'agneau fraîche, réfrigérée ou congelée en provenance de Nouvelle-Zélande et d'Australie*, WT/DS177/R et WT/DS178/R, 21 décembre 2000 (paragraphe 7.77 : « Une approche conceptuelle concernant la définition de la branche de production nationale concernée qui laisserait aux autorités nationales compétentes la faculté de déterminer jusqu'où, en amont et/ou en aval dans la chaîne de production d'un produit final "similaire" donné, il convient d'aller pour définir la portée de la branche de production nationale pourrait facilement faire échec au but de l'Accord sur les sauvegardes, qui est de renforcer les disciplines dans le domaine des sauvegardes et d'accroître plutôt que de limiter la concurrence. Ces considérations fondées sur l'objet et le but de l'Accord sur les sauvegardes étayent donc elles aussi une interprétation de la définition de la branche de production figurant à l'article 4:1 c) de l'Accord SG comme ne permettant pas d'inclure les producteurs d'intrants dans la branche de production du produit final "similaire" »).

¹⁴⁷² V. Organe d'appel *Corée – Mesure de sauvegarde définitive appliquée aux importations de certains produits laitiers*, WT/DS98/AB/R, rapport du 14 décembre 1999 (paragraphe 88) ; Organe d'appel *États-Unis – Mesures de sauvegarde à l'importation de viande d'agneau fraîche, réfrigérée ou congelée en provenance de Nouvelle-Zélande et d'Australie*, WT/DS177/AB/R et WT/DS178/AB/R, rapport du 1^{er} mai 2001 (paragraphe 124).

sensible pour tous les membres de l'OMC¹⁴⁷³. Dès lors, une réforme unilatérale et volontaire par l'Union apparaît comme la plus efficace voie de réduction additionnelle des biais protectionnistes persistant dans son action antidumping, non seulement par une reprise anticipée des modifications envisagées de l'encadrement multilatéral, mais également par l'introduction d'autres améliorations antiprotectionnistes dans sa pratique antidumping.

§ II. Les modifications unilatéralement envisageables de l'action antidumping européenne

399. S' « [i]l n'est pas permis aux Membres de s'exempter des règles et disciplines de l'Accord sur l'OMC lorsqu'ils combattent le dumping [...] ils demeurent libres d'appliquer des prescriptions qui rendent l'imposition de mesures plus difficile »¹⁴⁷⁴. Ainsi une latitude est-elle reconnue aux Membres de l'OMC, dont l'Union européenne, pour rendre les possibilités d'imposition d'une mesure antidumping plus restrictives que ne le requiert la discipline multilatérale. Dans la perspective d'une réduction des biais dans la détermination de l'existence d'un dumping préjudiciable, sont pertinentes toutes les règles qui pourraient être introduites dans la réglementation de l'Union afin de rendre plus difficiles l'établissement d'un dumping et la constatation d'un préjudice important (telle l'exigence d'un préjudice grave¹⁴⁷⁵) ou de renforcer le lien de causalité requis entre le dumping et le préjudice¹⁴⁷⁶ **(B.)**. Plus généralement, la réduction des biais pourrait être atteinte par des inflexions dans l'usage du large pouvoir d'appréciation des institutions en matière d'appréciation de situations économiques complexes **(A.)**. La Commission étant désormais la seule

¹⁴⁷³ V. OMC, Groupe de négociations sur les règles, document TN/RL/W/232, 28 mai 2008, préc. ; annexe A, p. A-14.

¹⁴⁷⁴ Rapport du Groupe spécial *États-Unis – Loi antidumping de 1916 (plainte des Communautés européennes)*, 31 mars 2000, WT/DS136/R (paragraphe 6.112) ; rapport du Groupe spécial *États-Unis – Loi antidumping de 1916 (plainte du Japon)*, 29 mai 2000, WT/DS162/R (paragraphe 6.121).

¹⁴⁷⁵ À cet égard, il convient de remarquer que les mesures de sauvegarde ne peuvent être adoptées qu'en cas de « *dommage grave* ». L'article 2.1 de l'Accord sur les sauvegardes subordonne l'adoption d'une telle mesure à la détermination que le produit en cause est importé « *en quantités tellement accrues, dans l'absolu ou par rapport à la production nationale, et à des conditions telles qu'il cause ou menace de causer un dommage grave à la branche de production nationale de produits similaires ou directement concurrents* » (soulignement ajouté).

¹⁴⁷⁶ L'exigence du lien de causalité faisant partie de la détermination de l'existence d'un préjudice important *lato sensu*, comme expliqué *supra* en notes de bas de page n° 1032 et 1275.

institution de l'Union chargée de l'adoption des mesures antidumping, c'est son large pouvoir d'appréciation dont il conviendrait, ainsi, d'orienter l'usage.

A. Une réduction générale par des inflexions dans l'usage du large pouvoir d'appréciation

400. Les inflexions envisageables à propos de l'usage du large pouvoir d'appréciation de la Commission, susceptibles de réduire la coloration protectionniste de l'action antidumping de l'Union, sont de deux sortes : d'une part, l'insertion, sous forme de préambule dans le règlement de base, d'un guide d'utilisation de ce pouvoir d'appréciation, afin de l'orienter dans une direction moins protectionniste et plus concurrentielle (1°) ; d'autre part, l'adoption de nouvelles communications ou lignes directrices par lesquelles la Commission s'autolimiterait dans l'exercice de son pouvoir d'appréciation (2°).

1° Une orientation pro-concurrentielle de l'utilisation du large pouvoir d'appréciation

401. Les biais protectionnistes persistant dans l'action antidumping de l'Union pourraient être en partie réduits par une utilisation systématiquement antiprotectionniste et pro-concurrentielle de l'inévitable large pouvoir d'appréciation reconnu aux institutions dans le domaine des mesures de défense commerciale, en général, et de l'action antidumping, en particulier, en raison de la complexité des situations économiques en cause¹⁴⁷⁷, assez faiblement encadré par un contrôle

¹⁴⁷⁷ La Cour de justice et le Tribunal ont souligné que la mise en œuvre de la législation antidumping suppose « l'appréciation de situations économiques complexes » (pour la première fois en matière antidumping : CJCE, 7 mai 1987, *Nachi Fujikoshi Corporation/Conseil*, préc. ; pt 21), et itérativement expliqué qu'« en raison de la complexité des situations économiques, politiques et juridiques qu'elles doivent examiner », les institutions disposent, « dans le domaine des mesures de défense commerciale », « d'un large pouvoir d'appréciation » : v., notamment, CJCE, 27 septembre 2007, *Ikea Wholesale Ltd*, aff. C-351/04, *Rec.* p. I-7723 (pt 40) et CJUE, 16 février 2012, *Conseil et Commission c/ Interpipe Niko Tube et Interpipe NTRP*, aff. jtes C-191/09 P et C-200/09 P, non encore publié au *Rec.* (pt 62). Et v., également, TPICE, 17 juillet 1998, *Thai Bicycle Industry c/ Conseil*, aff. T-118/96, *Rec.* p. II-2991 (pt 32) ; TPICE, 4 juillet 2002, *Arne Mathisen c/ Conseil*, aff. T-340/99, *Rec.* p. II-2905 (pt 53) ; TPICE, 28 octobre 2004, *Shanghai Teraoka Electronic Co. Ltd c/ Conseil*, aff. T-35/01, *Rec.* p. II-3663 (pt 48) ; TPICE, 13 juillet 2006, *Shandong Reipu Biochemicals c/ Conseil*, aff. T-413/03, *Rec.* p. II-2243 (pt 61) ; TPICE, 24 octobre 2006, *Ritek et Prodisc Technology c/ Conseil*, aff. T-274/02, *Rec.* p. II-4305 (pt 80) ; TPICE, 23 septembre 2009, *Dongguan Nanzha Leco Stationery Mfg. Co. Ltd c/ Conseil*, aff. T-296/06, *Rec.* p. II-106 (publication sommaire) (pt 40), TPICE, 10 mars 2009, *Interpipe Niko Tube et Interpipe NTRP c/ Conseil*, aff. T-249/06, *Rec.* p. II-383 (pt 38), Trib.UE, 9 décembre 2009, *Apache Footwear et Apache II Footwear c/ Conseil*, aff.

juridictionnel nécessairement limité. Une telle marge d'appréciation est, d'ailleurs, reconnue aux Membres de l'OMC par le Code antidumping et la jurisprudence de l'ORD. Les groupes spéciaux et l'Organe d'appel exercent un contrôle limité, dans le cadre de l'examen d'une question soumise par un Membre, de la compatibilité avec le Code d'une mesure antidumping adoptée par un autre Membre¹⁴⁷⁸. Par ailleurs, une disposition spécifique au règlement des différends en matière antidumping prévoit que si, en interprétant le Code conformément aux règles coutumières d'interprétation du droit international public, un groupe spécial constate que plusieurs interprétations d'une disposition du Code sont possibles, la mesure prise par les autorités d'un Membre en suivant « *l'une de ces interprétations admissibles* », doit être considérée comme conforme au Code¹⁴⁷⁹.

402. L'orientation préconisée ne saurait être normative et ne pourrait résulter d'un article du règlement de base. Elle devrait être indicative et insufflée par l'un de ses considérants qui constituerait une directive d'interprétation de ses dispositions et d'utilisation de la marge d'appréciation nécessaire à leur application¹⁴⁸⁰. La violation d'une telle directive en matière antidumping ne pourrait être judiciairement sanctionnée¹⁴⁸¹ du fait de cette seule valeur illustrative et interprétative. Nonobstant le caractère minimum du contrôle que le juge européen exerce sur les mesures

T-1/07, *Rec.* p. II-232 (publication sommaire) (pt 111) et Trib.UE, 16 décembre 2011, *Dashiqiao Sanqiang Refractory Materials c/ Conseil*, aff. T-423/09, non encore publié au *Rec.* (pt 40).

¹⁴⁷⁸ Le rôle d'un groupe spécial est de déterminer « *si l'établissement des faits par les autorités était correct et si leur évaluation de ces faits était impartiale et objective. Si l'établissement des faits était correct et que l'évaluation était impartiale et objective, même si le groupe spécial est arrivé à une conclusion différente, l'évaluation ne sera pas infirmée* » : article 17.6, i), du Code antidumping. Les professeurs CARREAU et JUILLARD soulignent que les groupes spéciaux et l'Organe d'appel de l'ORD ne sont pas juges « *de l'opportunité des mesures anti-dumping décidées en toute objectivité et impartialité par les autorités nationales compétentes* » : Dominique CARREAU et Patrick JUILLARD, *Droit international économique*, 5^{ème} éd., *op. cit.* ; ici p. 243.

¹⁴⁷⁹ Article 17.6, ii), du Code antidumping.

¹⁴⁸⁰ « [L]'*exposé des motifs, les préambules et les considérants introductifs ne présentent pas* » les deux éléments structurels d'une règle – faits et résultat juridique – « *et n'ont vocation qu'à illustrer, à fonder ou à justifier le corps législatif qu'ils accompagnent et, en général, précèdent* ». Par suite, « *bien qu'ils soient matériellement dans la norme, ils n'ont aucune force obligatoire, même s'ils sont utiles en tant que critères d'interprétation* » : conclusions de l'avocat général RUIZ-JARABO COLOMER sous CJCE, 14 avril 2005, *Belgique c/ Commission*, aff. C-110/03, *Rec.* p. I-2801 (pt 34) ; v. également, conclusions de l'avocat général RUIZ-JARABO COLOMER sous CJCE, 1^{er} avril 2008, *Maruko*, aff. C-267/06, *Rec.* p. I-1757 (pt 76) ; et v. CJCE, 13 juillet 1989, *Casa Fleischhandels-GmbH*, aff. 215/88, *Rec.* p. 2789 (pt 31).

¹⁴⁸¹ L'avocat général RUIZ-JARABO COLOMER souligne que la violation d'un considérant du règlement en cause « *ne saurait être sanctionnée de nullité* » (conclusions sous l'arrêt dans l'affaire C-110/03, préc., pt 35).

antidumping, elle pourrait orienter l'interprétation par ce dernier des dispositions fondant de telles mesures.

2° Une autolimitation dans l'utilisation du large pouvoir d'appréciation

403. Alors qu'en matière antitrust, depuis les années 1990, des communications et lignes directrices nombreuses explicitent différents aspects de la réglementation antitrust européenne, jusqu'à présent, elles se sont faites extrêmement rares dans le domaine de la défense commerciale, notamment antidumping. Ces actes de portée générale adoptés par la Commission européenne pour clarifier le droit antitrust positif, s'ils ne modifient pas l'ordre juridique existant et n'ont pas force obligatoire, restreignent pour l'avenir sa marge de manœuvre dans l'application des règles de concurrence de l'Union¹⁴⁸². La Cour de justice a en effet jugé qu'« [e]n adoptant de telles règles de conduite et en annonçant par leur publication qu'elle les appliquera dorénavant aux cas concernés par celles-ci, l'institution en question s'autolimite dans l'exercice de son pouvoir d'appréciation et ne saurait se départir de ces règles sous peine de se voir sanctionner, le cas échéant, au titre d'une violation de principes généraux du droit, tels que l'égalité de traitement ou la protection de la confiance légitime. Il ne saurait dès lors être exclu que, sous certaines conditions et en fonction de leur contenu, de telles règles de conduite ayant une portée générale puissent déployer des effets juridiques »¹⁴⁸³. Et la Cour a dernièrement rappelé, à propos de la communication de minimis, que cette dernière « vise à exposer la manière dont la Commission, agissant en tant qu'autorité de la concurrence de l'Union, appliquera elle-même l'article 101 TFUE » et que, « en conséquence, par la communication de minimis, la Commission s'autolimite dans l'exercice de son pouvoir d'appréciation et ne saurait se départir du contenu de cette communication sans violer des principes

¹⁴⁸² V., notamment, Nicolas PETIT, *Droit européen de la concurrence*, Paris, Montchrétien, 2013, 684 p. ; spéc. p. 68.

¹⁴⁸³ CJCE, 28 juin 2005, *Dansk Rørindustri e.a. c/ Commission*, aff. jtes C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P à C-208/02 P et C-213/02 P, *Rec.* p. I-5425 (pt 211). De plus, « les lignes directrices, même si elles ne constituent pas le fondement juridique de la décision litigieuse, [...], peuvent néanmoins faire l'objet d'une exception d'illégalité » (pt 212) ; v., concernant également les lignes directrices sur les amendes, CJCE, 26 septembre 2006, *JCB Service c/ Commission*, aff. C-167/04 P, *Rec.* p. I-8935 (pt 208) ; et v., à propos de la communication sur la clémence, TPICE, 12 décembre 2012, *Almamet GmbH Handel mit Spänen und Pulvern aus Metall c/ Commission*, aff. T-410/09, non encore publié au *Rec.* (pt 187).

généraux du droit, notamment l'égalité de traitement et la protection de la confiance légitime »¹⁴⁸⁴.

404. En matière antidumping¹⁴⁸⁵, la Commission s'est jusqu'à récemment montrée réticente à expliciter, dans un document public de portée générale, la méthodologie qu'elle suit aux différentes étapes de la procédure antidumping. Mise à part un *Avis concernant le remboursement des droits antidumping*, portant sur un aspect limité et technique¹⁴⁸⁶, n'étaient accessibles qu'un bref *Guide de la législation communautaire à l'encontre des pratiques de dumping et de subventions*, rédigé en 1988¹⁴⁸⁷, et d'assez peu développées *Lignes directrices sur l'intérêt de la Communauté dans les procédures antidumping*, adressées aux Commissaires, États membres et autres parties intéressées en décembre 1996¹⁴⁸⁸. Ni ce guide, ni ces lignes directrices, n'étaient publiés au Journal officiel, contrairement à la pratique suivie pour les communications antitrust.

En avril 2013, la Commission a présenté quatre projets de lignes directrices, basés sur sa vaste expérience dans l'administration quotidienne des instruments de défense commerciale, et les a soumis à consultation publique. Ils portent sur « *quatre éléments fondamentaux d'une enquête* »¹⁴⁸⁹. Trois concernent des aspects des

¹⁴⁸⁴ CJUE, 13 décembre 2012, *Expedia Inc. c/ Autorité de la concurrence e.a.*, aff. C-226/11, non encore publié au *Rec.* (pt 28).

¹⁴⁸⁵ Quant aux autres domaines de la défense commerciale, une *Communication sur le Calcul du montant des subventions dans le cadre des enquêtes antisubventions* a été publiée au *JOCE* C 394, 17 décembre 1998, p. 6 ; par ailleurs, un *Guide to community legislation on anti-subsidy (countervailing duties) measures (concerning subsidised imports from third countries)* avait été préparé à la fin des années 1990 : seul un projet, non daté, nous a été communiqué par la Commission, dans le cadre d'une demande d'accès aux documents fondée sur le règlement (CE) n° 1049/2001 du Parlement européen et du Conseil, du 30 mai 2001, relatif à l'accès du public aux documents du Parlement européen, du Conseil et de la Commission (*JOCE* L 145, 31 mai 2001, p. 43).

¹⁴⁸⁶ *JOCE* C 127, 29 mai 2002, p. 10. Il s'agit de « *lignes directrices pour l'application de l'article 11, paragraphe 8 [du règlement de base] qui traite du remboursement des droits antidumping* », remplaçant des lignes directrices publiées en 1986.

¹⁴⁸⁷ Il s'agit d'une *brève note* d'une dizaine de pages ; ce document nous a été communiqué par la Commission, en français, suite à une demande d'accès aux documents fondée sur le règlement (CE) n° 1049/2001, préc. Par ailleurs, il était reproduit par Dominique VOILLEMOT dans *La réglementation CEE anti-dumping et anti-subventions*, Joly (éd.), 1993, 270 p. ; p. 227-237.

¹⁴⁸⁸ Document n'existant qu'en anglais (intitulé *The Community Interest in Anti-dumping Proceedings, Copy of the original guidelines sent to Commissioners, Member States and other interested parties in December 1996*), obtenu de la Commission dans le cadre d'une demande d'accès aux documents en application du règlement (CE) n° 1049/2001, préc.

¹⁴⁸⁹ Comm. eur., *Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen, relative à la modernisation des instruments de défense commerciale – Adapter les instruments de défense commerciale aux besoins actuels de l'économie européenne*, 10 avril 2013, COM(2013) 191 final

conditions d'adoption des mesures antidumping : 1) le calcul de la marge de préjudice, 2) le choix du pays analogue dans les enquêtes portant sur des importations de pays n'ayant pas une économie de marché et 3) le critère de l'intérêt de l'Union. Le quatrième porte sur les réexamens au titre de l'expiration des mesures. L'objectif affiché de telles communications est d'assurer une meilleure connaissance, par les sociétés impliquées dans les enquêtes antidumping, d'aspects très techniques souvent ignorés, « *l'intérêt de toutes les parties [étant] que ces aspects soient bien connus et que les informations pertinentes soient aisément accessibles* »¹⁴⁹⁰. Ces lignes directrices devraient être publiées au Journal officiel¹⁴⁹¹. L'on peut espérer qu'en expliquant ainsi la manière dont elle applique certains concepts antidumping, la Commission autolimitera effectivement sa large marge d'appréciation. Ces lignes directrices qui, à l'instar de celles antitrust, ne constitueront pas des normes de droit à l'observation desquelles la Commission sera tenue, devraient être considérées comme énonçant des règles de conduite indicatives de la pratique à suivre dont elle ne pourrait s'écarter, dans un cas particulier, qu'en exposant ses raisons, sous peine de se voir éventuellement sanctionnée au titre d'une violation de principes généraux du droit, tels que l'égalité de traitement et la protection de la confiance légitime¹⁴⁹². Seraient ainsi atténuées, s'agissant des concepts ainsi explicités, les conséquences de

(paragraphe 2.1.4) : la Commission y annonce la soumission à consultation publique de quatre projets de lignes directrices.

¹⁴⁹⁰ *Ibid.*

¹⁴⁹¹ Comm. eur., Memo du 10 avril 2013, *Q&As : Modernisation of the EU's Trade Defence Instruments*. L'intérêt d'une publication au Journal officiel est que la diffusion est alors nécessairement faite dans toutes les langues officielles de l'Union, ce qui n'était pas le cas du *Guide de la législation communautaire à l'encontre des pratiques de dumping et de subventions* (1988), ni des *Lignes directrices sur l'intérêt de la Communauté dans les procédures antidumping* (1996).

¹⁴⁹² L'arrêt rendu par le Tribunal le 12 février 2014 dans l'affaire *Beco Metallteile-Handels GmbH c/ Commission* (aff. T-81/12, non encore publié au *Rec.*), à propos de l'*Avis de la Commission concernant le remboursement des droits antidumping* (préc.), d'une part, rappelle la valeur juridique des lignes directrices, encadrements et communications qu'adopte la Commission et, d'autre part, souligne l'importance d'une rédaction claire et univoque de tels documents, adoptés « *dans l'intérêt de garantir la transparence, la prévisibilité et la sécurité juridique de l'action menée par la Commission* » (pt 70). Ainsi, de tels documents ne peuvent « *avoir pour effet de modifier les règles impératives contenues dans un règlement* » (pt 50) (en l'occurrence le règlement de base) et « *la Commission est tenue par [eux], mais uniquement dans la mesure où ils ne s'écartent pas des normes qui leur sont hiérarchiquement supérieures* » (en l'occurrence le règlement de base) ; « *en cas de chevauchement et d'incompatibilité avec une telle norme, c'est l'acte interprétatif qui doit céder* » (pts 51-52). Par ailleurs, en l'occurrence, le Tribunal estime que les opérateurs économiques tels que la requérante pouvaient « *avoir des doutes légitimes quand à la correcte interprétation à donner à l'article 11, paragraphe 8, du règlement de base* » à la lecture de l'avis interprétatif qui ne fournit pas une interprétation dans des termes clairs et univoques de cette disposition du règlement de base, mais contient, au contraire, des dispositions aux significations contradictoires, produisant un résultat opposé au renforcement de la sécurité juridique recherché (pts 72-83).

la jurisprudence constante selon laquelle, « *lorsqu'elles utilisent la marge d'appréciation que leur confère le règlement de base, les institutions ne sont pas tenues d'expliquer en détail et à l'avance les critères qu'elles envisagent d'appliquer dans chaque situation, même dans les cas où elles posent de nouvelles options de principe* »¹⁴⁹³.

B. Des réductions spéciales par une révision des règles d'établissement du dumping préjudiciable

405. La réduction des biais protectionnistes dans l'action antidumping de l'Union pourrait également résulter de modifications ponctuelles des règles qui régissent la détermination d'un dumping préjudiciable, afin d'encadrer davantage les appréciations de situations économiques complexes qu'elle implique. Outre l'abandon du recours de la technique de la réduction à zéro dans le cadre de la méthode asymétrique de calcul de la marge de dumping¹⁴⁹⁴, les modifications réductrices de biais envisageables concernent certaines règles techniques et pratiques administratives en matière d'établissement des valeurs à comparer (1°), de comparaison des valeurs déterminées (2°) et de détermination du préjudice (3°).

1° Une réduction par des règles d'établissement des valeurs à comparer

406. En premier lieu, en matière d'établissement de la valeur normale, des opérations commerciales qui ne sont pas aujourd'hui considérées comme anormales pourraient le devenir. En l'absence d'énumération limitative des opérations commerciales anormales dans le Code antidumping¹⁴⁹⁵, et également dans le règlement de base, pourraient être ainsi qualifiées les ventes à prix excessifs pratiquées par une entreprise dominante ou par les parties à une entente sur le marché d'exportation. Les

¹⁴⁹³ TPICE, 17 juillet 1998, *Thai Bicycle Industry c/ Conseil*, aff. T-118/96, *Rec.* p. II-2991 (pt 68) ; v. antérieurement, CJCE, 5 octobre 1988, *Brother c/ Conseil*, aff. 250/85, *Rec.* p. 5683 (pts 28 et 29) et 7 mai 1991, *Nakajima c/ Conseil*, aff. C-69/89, *Rec.* p. I-2069 (pt 118) ; et, plus récemment, TPICE, 24 octobre 2006, *Ritek Corp. e.a. c/ Conseil*, préc. (pt 86).

¹⁴⁹⁴ V. *supra* n° 365 et s. En attendant une éventuelle condamnation, par l'ORD de l'OMC, de cette pratique du *zeroing* dans le cadre de la méthode asymétrique, cet abandon peut être volontaire.

¹⁴⁹⁵ Le Code antidumping ne contient aucune liste d'opérations anormales, contrairement aux souhaits, exprimés par certains États lors du Cycle de l'Uruguay, d'adoption d'une liste non-exhaustive (v., Pierre DIDIER, *Les principaux accords de l'OMC et leur transposition dans la Communauté européenne*, *op. cit.* ; spéc. p. 20).

prix réels seraient alors écartés au profit d'une valeur construite supposée inférieure¹⁴⁹⁶.

Inversement, s'agissant des cas d'anormalité actuellement admis, les conditions de qualification d'*opération commerciale anormale* pourraient être durcies. Quant aux ventes domestiques entre parties liées, un renversement de la charge de la preuve serait souhaitable : à l'anormalité présumée à défaut de preuve de non affectation des prix par la relation entre les parties, serait substituée une anormalité conditionnée à la démonstration, par les institutions, d'une telle affectation des prix¹⁴⁹⁷. Un tel renversement de la présomption réduirait une source d'inflation des marges de dumping.

Par ailleurs, dans le cas des opérations commerciales anormales en raison du prix, au niveau actuellement retenu comme anormalement bas, qui englobe la totalité des coûts moyens (CTM)¹⁴⁹⁸, pourrait être substitué un seuil plus faible fondé sur les seuls coûts variables moyens (CVM).

407. En deuxième lieu, la faculté d'établir la valeur normale sur la base des prix d'autres vendeurs ou producteurs sur le marché d'exportation¹⁴⁹⁹ pourrait être supprimée. Favorable à l'établissement d'une valeur normale élevée, cette méthode alternative, non prévue par le Code¹⁵⁰⁰, est assimilable à un biais protectionniste. En effet, elle ignore la possibilité que ces autres vendeurs ou producteurs puissent être économiquement moins efficaces que les producteurs-exportateurs concernés et avoir, par conséquent, des prix intérieurs élevés. À tout le moins cette méthode devrait être écartée lorsque le producteur-exportateur en cause sollicite la construction de sa valeur normale.

Par ailleurs, elle devrait être abandonnée dans le cas des maisons de commerce qui, par définition, ne produisent ni ne vendent sur le marché domestique. En effet, elle les pénalise en conduisant à établir leur valeur normale à partir des prix des autres

¹⁴⁹⁶ Quant au refus de considérer comme opérations commerciales anormales des prix excessifs sur le marché d'exportation, v. l'affaire *NutraSweet* (*supra* n° 294).

¹⁴⁹⁷ Pierre DIDIER, « The WTO Anti-Dumping Code and EC Practice, Issues for Review in Trade Negotiations », préc. ; spéc. p. 35.

¹⁴⁹⁸ Il s'agit des ventes à perte du producteur-exportateur sur son marché domestique : v. *supra* n° 247.

¹⁴⁹⁹ V. *supra* n° 290.

¹⁵⁰⁰ Le Code ne prévoit comme alternative à la méthode du prix domestique que celles du prix à l'exportation vers un pays tiers et de la valeur construite. La conformité au Code de cette troisième méthode alternative utilisée par les institutions européenne est, par conséquent, discutable.

vendeurs ou producteurs sur ce marché domestique. La valeur normale devrait être établie à partir du prix d'achat versé par la maison de commerce au producteur domestique des produits en cause¹⁵⁰¹.

408. En troisième lieu, il conviendrait de reconsidérer la pratique actuelle en matière d'appréciation de la représentativité des ventes sur le marché intérieur du pays exportateur, par rapport aux ventes à l'exportation vers l'Union¹⁵⁰². La représentativité est mesurée pour chaque producteur-exportateur et non pour l'ensemble des producteurs-exportateurs du pays exportateur concerné : par conséquent, ne sont pas représentatifs les faibles volumes de ventes domestiques d'un producteur, alors même que ces ventes s'insèrent dans un ensemble de transactions lui-même représentatif. Or, l'objet de l'exigence de représentativité est d'assurer que les prix domestiques utilisés pour établir la valeur normale d'un producteur-exportateur sont pratiqués sur un marché d'une importance relative suffisante pour que les prix soient commercialement fiables, autrement dit pour que leur formation y résulte du jeu normal de l'offre et de la demande¹⁵⁰³. Dans cette perspective, la représentativité de l'ensemble des ventes de tous les producteurs-exportateurs semble constituer un meilleur indicateur d'une telle formation concurrentielle des prix.

Par ailleurs, la pratique communautaire de double représentativité (par produit, puis par types ou modèles du produit), qui facilite le recours aux prix d'autres producteurs ou vendeurs sur le marché domestique ou à la valeur construite, pourrait être abandonnée au profit d'une représentativité simple (par produit concerné)¹⁵⁰⁴ plus aisément vérifiée.

¹⁵⁰¹ Pierre DIDIER, « The WTO Anti-Dumping Code and EC Practice, Issues for Review in Trade Negotiations », préc. ; spéc. p. 37

¹⁵⁰² Prévues par l'article 2.2 du Code antidumping et reprise à l'article 2, paragraphe 2, du règlement de base.

¹⁵⁰³ Wolfgang MÜLLER, Nicholas KHAN et Hans-Adolf NEUMANN, *EC Anti-dumping Law – A Commentary on Regulation 384/96*, op. cit. ; spéc. p. 72 et 74.

¹⁵⁰⁴ En pratique, la règle de la double représentativité impose aux producteurs-exportateurs, pour bénéficier de la méthode principale de calcul de la valeur normale, de vendre sur leur marché domestique chaque modèle exporté, sans tenir compte de la demande réelle sur ce marché.

2° Une réduction par des règles de comparaison des valeurs déterminées

409. Une évolution de la législation et de la pratique des institutions européennes favorable à un allègement des exigences en matière d'ajustements serait souhaitable. Le problème concernant l'établissement de l'affectation de la comparabilité des prix par la différence alléguée¹⁵⁰⁵ pourrait être résolu par la substitution, à cette exigence, d'une présomption simple d'affectation de la comparabilité des prix par toute différence établie¹⁵⁰⁶. Un tel changement d'approche faciliterait l'octroi des ajustements et réduirait les éventuels biais protectionnistes en matière de comparaison de la valeur normale et du prix à l'exportation.

Par ailleurs, un moyen efficace pour assurer une comparaison réellement équitable serait que la réglementation de base exige explicitement de la Commission que, de sa propre initiative, elle sollicite des producteurs-exportateurs les informations et preuves nécessaires pour effectuer une comparaison équitable¹⁵⁰⁷, voire qu'elle lui impose une obligation positive de comparaison équitable, impliquant qu'elle opère d'office tous les ajustements nécessaires. La charge et le risque de la preuve en matière d'ajustements nécessaires à une comparaison équitable ne devraient pas peser exclusivement sur les producteurs-exportateurs.

Enfin, s'agissant de l'ajustement pour différence de stade commercial, la proposition de la Commission de 1996, rejetée par le Conseil, de supprimer la condition de constance des différences dans les fonctions et les prix des vendeurs, pourrait aujourd'hui être introduite dans le règlement de base¹⁵⁰⁸. La difficulté pour les

¹⁵⁰⁵ Problème qui survient lorsque le produit exporté n'est pas vendu sur le marché intérieur de l'exportateur ; v. *supra* n° 318.

¹⁵⁰⁶ Pierre DIDIER a suggéré de « renverser l'approche actuelle et de prévoir que des différences de caractéristiques physiques, niveau de commerce etc. donneront normalement lieu à ajustement à moins qu'il ne soit démontré qu'elles sont sans effet sur les prix » : Pierre DIDIER, *Les principaux accords de l'OMC et leur transposition dans la Communauté européenne*, op. cit. ; ici p. 38, note n° 86.

¹⁵⁰⁷ Quant à la charge de la preuve en matière d'ajustements, v. *supra* n° 319.

Pierre DIDIER rapporte qu'une telle proposition avait été déposée lors du Cycle de l'Uruguay par le groupe Nordique. Elle n'a pas été reprise dans le Code de 1994 : Pierre DIDIER, *Les principaux accords de l'OMC et leur transposition dans la Communauté européenne*, préc. ; spéc. p. 58.

¹⁵⁰⁸ Dans le cadre de la modification des dispositions du règlement de base concernant les ajustements, et notamment celui pour différence de stade commercial, à la suite du rapport du Groupe spécial du GATT de 1947 dans l'affaire *cassettes audio du Japon* (préc.), la Commission avait proposé une reformulation entière du point d) de l'article 2, paragraphe 10, du règlement de base, qui faisait disparaître cette condition de constance (COM(96) 145 final, 10 avril 1996). Le Conseil a maintenu (en substance) la rédaction initiale du point d) contenant cette condition, désormais placée sous un i), et ajouté un ii) prévoyant l'ajustement spécial (v. règlement (CE) n° 2331/96, préc. ; et v. *supra* n° 322). Ainsi, le texte inchangé prévoit que l'affectation des prix par la différence de stade

producteurs-exportateurs d'établir la constance de la différence gène, en effet, l'octroi d'un ajustement pour différence de stade commercial¹⁵⁰⁹.

3° Une réduction par des règles en matière de détermination du préjudice

410. En matière de détermination du préjudice *lato sensu*, plusieurs modifications de la législation de base seraient aptes à réduire les biais persistants. En premier lieu, aux fins de l'évaluation du préjudice *stricto sensu*¹⁵¹⁰, à propos des conditions permettant l'évaluation cumulative des effets des importations faisant l'objet d'un dumping en provenance de plusieurs pays, les dispositions du règlement de base pourraient être précisées. Il s'agirait d'indiquer que devrait être vérifié une réelle similitude des conditions de concurrence entre les produits dont les effets des importations sont cumulés, résultant d'indices tels que 1) des similitudes dans les circuits commerciaux, les tendances dans l'évolution des parts de marché et des prix, les comportements tarifaires et les conditions commerciales, et 2) la perception, par le marché, de ces conditions de concurrence comme étant similaires. Il pourrait, en outre, être précisé que des différences significatives dans les évolutions des parts de marché et des volumes exportés au cours des dernières années, entre les différents pays concernés, indiqueraient normalement une différence dans les conditions de concurrence rendant le cumul inapproprié¹⁵¹¹.

411. En deuxième lieu, en matière de détermination de l'industrie de l'Union victime des importations en dumping, l'exclusion des filiales de groupes étrangers, y compris lorsque ces filiales n'importent pas ou n'importent plus le produit mais le produisent dans la Communauté, pourrait être proscrite¹⁵¹². En outre, afin que le contrôle de l'un

commercial « est démontré par l'existence de différences *constantes et nettes* dans les fonctions et les prix des vendeurs correspondant aux différents stades commerciaux sur le marché intérieur du pays exportateur » (soulignement ajouté).

¹⁵⁰⁹ V. *supra* n° 322.

¹⁵¹⁰ Rappelons que nous avons distingué le préjudice *stricto sensu* et préjudice *lato sensu*, ce dernier visant à la fois le préjudice en tant que tel et son lien de causalité avec les importations effectuées en dumping : v. *supra* notes de bas de page n° 1032 et 1275.

¹⁵¹¹ V. Pierre DIDIER, « The WTO Anti-Dumping Code and EC Practice, Issues for Review in Trade Negotiations », préc. ; spéc. p. 47.

¹⁵¹² Il suffirait d'ajouter à l'article 4, paragraphe 1, a), du règlement de base l'adjectif *actuel* et l'adverbe *actuellement* : pourrait ainsi être exclus seulement les producteurs « *liés à d'actuels exportateurs ou d'actuels importateurs ou [...] actuellement eux-mêmes importateurs* » du produit

sur l'autre (producteurs dans l'Union et exportateurs ou importateurs du produit concerné) soit réel, il conviendrait d'exiger une démonstration que l'une des parties exerce réellement une influence décisive sur la politique tarifaire de l'autre partie, s'agissant du commerce du produit similaire¹⁵¹³.

412. En troisième lieu, constatant que de nombreuses affaires antidumping ont montré que l'industrie plaignante pouvait disparaître nonobstant l'institution de mesures censées la protéger contre les importations déloyales, un auteur a proposé que la recevabilité d'une plainte antidumping soit subordonnée à la présentation d'un plan précis de restructuration industrielle, comparable à celui requis en matière de sauvegarde¹⁵¹⁴. Dans son livre vert de 2006 intitulé *Les instruments de défense commerciale de l'Europe dans une économie mondiale en mutation*, la Commission invitait les participants à la consultation publique à envisager la pertinence de soumettre l'adoption de mesures à la mise en place d'un tel plan¹⁵¹⁵. Puisque la mesure antidumping vise à neutraliser le préjudice, dont cette industrie souffre en raison des importations effectuées en dumping, mais qu'elle profite de cette protection alors même que les difficultés économiques auxquelles elle est confrontée peuvent être en partie étrangères au dumping, il ne paraît pas déraisonnable de lui demander les efforts nécessaires à sa survie et, par suite, au succès à long terme de la mesure de défense commerciale. En effet, lorsque les autres causes du préjudice dont souffre l'industrie ne rompent pas le lien de causalité entre les importations en dumping et le préjudice important, la protection antidumping peut être mise en œuvre, alors même que les difficultés de cette industrie sont partiellement étrangères

concerné. Sur cette proposition, v. Pierre DIDIER, « The WTO Anti-Dumping Code and EC Practice, Issues for Review in Trade Negotiations », préc. ; spéc. p. 48.

¹⁵¹³ S'agissant d'une telle exigence, v. Pierre DIDIER, « The WTO Anti-Dumping Code and EC Practice, Issues for Review in Trade Negotiations », préc. ; spéc. p. 49.

¹⁵¹⁴ Pierre DIDIER, « The WTO Anti-Dumping Code and EC Practice, Issues for Review in Trade Negotiations », préc. ; spéc. p. 46-47. Cependant, il convient de préciser que c'est la prorogation des mesures de sauvegarde, et non pas leur adoption initiale, ni même la recevabilité de la plainte de l'industrie, que l'article 7.2 de l'Accord sur les sauvegardes subordonne à la vérification « *d'éléments de preuve selon lesquels la branche de production procède à des ajustements* ». Cette règle est reprise à l'article 20, paragraphe 2, du règlement (CE) n° 260/2009 du Conseil, du 26 février 2009, relatif au régime commun applicable aux importations (version codifiée), *JOUE* L 84, 31 mars 2009, p. 1.

¹⁵¹⁵ Comm. eur., *Communication, L'Europe dans le monde, Les instruments de défense commerciale de l'Europe dans une économie mondiale en mutation, Livre vert à soumettre à la consultation publique*, 6 décembre 2006, COM(2006) 763 final ; spéc. p. 13, question 18. L'exigence d'un tel plan est critiquée par Vincent BOUHIER, « Un livre vert sur la défense commerciale fondée sur l'ambiguïté », *RDAI/IBLJ*, n° 3, 2007, p. 359-367 ; spéc. p. 363.

au dumping (en cas de contraction de la demande, de modifications de la configuration de la consommation, etc.), voire lui sont en partie imputables (productivité insuffisante, mauvaises performances à l'exportation, etc.). La grande majorité des participants ayant rejeté l'idée présentée dans le livre vert¹⁵¹⁶, elle semble avoir été abandonnée et, en tout état de cause, est absente de la réforme en cours de la réglementation antidumping.

413. Enfin, en quatrième lieu, dans le cadre de l'examen du lien de causalité entre les importations faisant l'objet d'un dumping et le préjudice subi par l'industrie de l'Union (le préjudice *lato sensu*), une recherche des causes de la déloyauté du dumping pourrait être exigée, notamment une vérification positive de la présomption que le préjudice subi par l'industrie de l'Union trouve son origine dans une fermeture du marché domestique, rendant déloyale la différenciation des prix entre marché d'importation et marché d'exportation. Le lien de causalité entre le dumping et le dommage serait modifié et considéré brisé lorsque le dumping trouverait sa cause dans les avantages comparatifs dont jouissent les producteurs-exportateurs sur leur marché domestique¹⁵¹⁷. En réalité, le lien de causalité qui serait ainsi recherché se situerait entre le dumping et les pratiques ou réglementations qui, dans le pays d'exportation, le rendent possible. D'ailleurs, s'agirait-il encore d'un lien de causalité puisque les causes du dumping, et non celles du préjudice, seraient recherchées ? Peut-être conviendrait-il que cette recherche des causes soit menée dans le cadre de l'appréciation de l'intérêt de l'Union. Dans cette perspective, seules seraient conformes à l'intérêt de l'Union les mesures antidumping adoptées en réponse à une situation de fermeture vérifiée du marché d'exportation¹⁵¹⁸, puisqu'alors de telles

¹⁵¹⁶ Comm. eur., *Evaluation of the responses to the public consultation on Europe's trade defence instruments in a changing global economy*, Bruxelles, 19 novembre 2007, disponible sur le site Internet de la Commission :

http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2007/november/tradoc_136846.pdf.

¹⁵¹⁷ Lors du Cycle de l'Uruguay, Hong-Kong avait proposé de préciser l'article 1 du Code antidumping afin qu'il dispose que « [d]es droits antidumping sont un remède à des discriminations de prix causant un dommage et ne seront pas appliqués lorsque les niveaux de prix résultent exclusivement ou principalement de l'effet d'avantages comparatifs » ; proposition rapportée par Pierre DIDIER, « Le Code anti-dumping du cycle de l'Uruguay : impact dans la Communauté », préc. ; ici p. 258.

¹⁵¹⁸ Une telle fermeture, en droit ou en fait, permettrait aux producteurs-exportateurs de subventionner leurs exportations à bas prix vers l'Union ou, à tout le moins, les protégerait contre une réimportation des produits concernés, rendant ainsi possible leur pratique de dumping.

mesures neutraliseraient un dumping ne s'expliquant pas par des avantages comparatifs.

*

414. Les modifications de la législation antidumping de l'Union unilatéralement réalisables dans le cadre de l'actuel encadrement multilatéral des législations antidumping le demeureront dans le cadre de la discipline modifiée qui pourrait résulter de la conclusion d'un nouvel Accord antidumping dans le cadre du Cycle de Doha. En effet, la latitude des Membres en matière de renforcement de leur législation antidumping ne devrait pas être altérée. Si l'Union européenne est, d'ores et déjà, libre d'introduire dans sa législation les propositions de révision de l'encadrement présentées dans le § I. de cette section, inversement, rien ne s'opposerait à ce que les modifications unilatérales de la législation de l'Union, envisagées dans ce § II., soient introduites dans la discipline antidumping de l'OMC, si toutefois un consensus pouvait être dégagé sur chacune d'elles, ce qui paraît hautement improbable. Du point de vue de l'Union, l'intérêt d'une telle généralisation de telles réformes résiderait dans le maintien de l'équilibre de ses droits et obligations à l'égard des autres Membres de l'OMC, qu'une révision unilatérale pourrait, au contraire, altérer¹⁵¹⁹. Dans la perspective des producteurs-exportateurs étrangers et importateurs dans l'Union soumis aux mesures de défense commerciale, une telle généralisation aurait pour effet de rendre ces modifications obligatoires pour l'Union. Une obligation de transposition se substituerait à une faculté d'introduction.

CONCLUSION DU CHAPITRE II ET DU TITRE I

415. Un traitement efficace des biais protectionnistes en matière de détermination de l'existence d'un dumping préjudiciable doit constituer un objectif de l'action antidumping de l'Union. La réduction des biais protectionnistes dans l'action antidumping européenne est possible et de nature à améliorer la coexistence entre

¹⁵¹⁹ Actuellement, le préambule du règlement de base indique que, dans l'application des règles qu'il énonce, « *il est essentiel, en vue de maintenir l'équilibre des droits et des obligations que l'accord conclu dans le cadre de l'accord général établit, que la Communauté tienne compte de leur interprétation par ses principaux partenaires commerciaux* » (considérant n° 4 du règlement de base n° 1225/2009, également présent dans les règlements de base précédents).

l'action antidumping et le droit de la concurrence. Les biais protectionnistes résultant de dispositions du règlement de base, ainsi que des pratiques relatives à leur mise en œuvre, peuvent être réduits sans remettre en cause la conception actuelle de la pratique déloyale condamnée. Ces dispositions et pratiques peuvent être révisées sans toucher à la notion même de dumping préjudiciable, sans affecter le principe de la condamnation de cette pratique. Seule l'efficacité de cette condamnation pourrait être atténuée, mais dans des situations où la légitimité de la réaction antidumping est contestable en raison de son orientation protectionniste. Par ailleurs, cette réduction d'efficacité doit être considérée comme un pis-aller acceptable, dès lors que les dispositions et pratiques biaisées affaiblissent la légitimité de l'action antidumping fondée sur la neutralisation nécessaire d'une pratique commerciale déloyale.

416. Depuis la signature du GATT en 1947, à plusieurs occasions la discipline antidumping a été renforcée, par ajouts aux termes de l'article VI de l'Accord général au moyen des codes antidumping successifs. En vue d'empêcher une application excessive, injustifiée et arbitraire de l'instrument antidumping, ces codes ont encadré, par des précisions sans cesse accrues, les nombreuses étapes de la détermination de l'existence d'un dumping préjudiciable et le recours subséquent aux mesures antidumping. Ils ont également promu des procédures antidumping équitables et ouvertes. L'imprécision génère ou amplifie, en effet, le pouvoir d'appréciation trop souvent utilisé pour protéger les concurrents et faire ressortir la dimension *sauvegarde* de l'action antidumping. L'élaboration de règles précises et claires permet, sinon d'éliminer, du moins de réduire les occasions de mise en œuvre protectionniste de la législation antidumping. Nonobstant la précision croissante des Codes, la marge d'appréciation des autorités chargées de la mise en œuvre des législations antidumping demeure importante. Le contrôle juridictionnel des mesures homonymes est limité, puisqu'il est reconnu à ces autorités un large pouvoir d'appréciation des nombreuses situations économiques complexes en matière antidumping.

Accroître la précision de l'encadrement multilatéral à l'occasion d'un nouveau Code et, par conséquent, de la législation antidumping européenne de transposition, au détriment du pouvoir d'appréciation des institutions chargées de leur mise en œuvre, est l'une des voies de réduction des biais protectionnistes à emprunter. Par définition consensuelle, elle requiert un accord unanime des Membres de l'OMC. Ainsi, la

réforme unilatérale de la législation européenne, dans les limites de la latitude reconnue par le droit de l'OMC, est la voie recommandée pour une réduction immédiate supplémentaire des biais en matière de détermination du dumping préjudiciable, non seulement par une reprise anticipée des modifications envisagées de l'encadrement multilatéral, mais également par l'introduction d'autres améliorations antiprotectionnistes dans sa pratique antidumping.

417. La politique antidumping ne doit pas conférer à l'industrie communautaire une protection allant au-delà de ce qui est nécessaire¹⁵²⁰. Lorsque les règles de base, ou les pratiques suivies pour leur application, conduisent à des constatations biaisées de dumping préjudiciable, cette exigence est violée. En outre, de telles constatations, en autorisant l'adoption de mesures antidumping aux effets restrictifs sur l'une des sources de concurrence extérieures au marché intérieur, portent atteinte à la liberté de la concurrence. L'incidence sur la concurrence des biais protectionnistes dans la détermination du dumping préjudiciable est, ainsi, indéniable.

Si la loyauté dans la concurrence, promue notamment par l'action antidumping, peut être le soutien de la liberté de la concurrence, la promotion de la première ne doit pas être un prétexte déguisé à la négation de la seconde. La tolérance de règles ou de mise en œuvre biaisées rend l'action antidumping contestable en raison de la condamnation qu'elle autorise de cas de dumping artificiels ou exagérés. Elle va alors au-delà d'une répression légitime de pratiques véritablement déloyales, pour n'être qu'un instrument de protection de l'industrie européenne confrontée à des pratiques commerciales seulement agressives. Or, le processus de détermination de l'existence d'un dumping préjudiciable contient des dispositions favorables à des déterminations abusives (situations de biais) et, surtout, offre de nombreuses options et implique une large marge d'appréciation favorisant de telles déterminations biaisées (occasions de biais). En dépit des modifications successivement apportées à la législation antidumping, de telles situations et occasions d'abusives déterminations de l'existence d'un dumping préjudiciable persistent.

¹⁵²⁰ La Cour a souligné, à propos de la condition de non-imputation aux importations subventionnées du préjudice causé par d'autres facteurs, équivalente à la condition de non-imputation aux importations effectuées en dumping du préjudice causé par d'autres facteurs, que « *l'objectif de cette règle est de ne pas conférer à l'industrie communautaire une protection allant au-delà de ce qui est nécessaire* » : CJCE, 3 septembre 2009, *Moser Baer India Ltd c/ Conseil*, aff. C-535/06 P, *Rec.* p. I-7051 (pt 90).

418. Éviter les situations et occasions de biais protectionnistes dans la détermination du dumping préjudiciable est essentiel à une coexistence la moins conflictuelle possible entre l'action antidumping et la politique de concurrence. En effet, ces biais affectent la cohérence et la légitimité de la législation antidumping au sein de la défense commerciale dont elle est l'un des instruments. Leur existence rend déloyale une action antidumping prétendument dirigée contre une pratique déloyale, et justifiée par l'exigence de loyauté dans la concurrence. Lorsqu'un constat de dumping préjudiciable repose sur des appréciations biaisées, ce n'est plus la pratique d'une entreprise qui est déloyale, mais l'action des institutions européennes¹⁵²¹. Certes, les interventions inappropriées ou excessives ne sont pas l'apanage de l'action antidumping ; certaines positions des autorités de concurrence sont critiquées pour leur *chilling effect*, notamment la doctrine de la Commission européenne en matière de rabais de fidélité¹⁵²². Mais les défauts de la politique européenne de concurrence ne sauraient excuser les excès de l'action antidumping de l'Union.

419. Lorsqu'elle est loyalement mise en œuvre et aboutit à la constatation non biaisée que des importations effectuées en dumping causent un préjudice important à l'industrie de l'Union, l'action antidumping produit des effets restrictifs sur la concurrence qui peuvent être tolérés. Mais lorsque les mesures antidumping reposent sur des déterminations biaisées, leur incidence nocive sur le libre jeu de la concurrence devient inacceptable. Indépendamment de la réduction des biais précédemment identifiés et, par suite, de leurs répercussions concurrentielles, l'incidence de l'action antidumping sur la liberté de la concurrence résultant de sa mise en œuvre doit être cantonnée à ce qui est strictement nécessaire à la réalisation de son objectif de préservation de la loyauté dans la concurrence.

¹⁵²¹ La Commission a noté dans un récent rapport annuel sur l'activité antidumping de la Communauté, que « *la nécessité d'utiliser les instruments de défense commerciale de façon loyale et transparente tout en respectant pleinement la règle de droit est à souligner* » (Comm. eur., *Vingt-sixième rapport annuel sur les activités antidumping, antisubventions et de sauvegarde de la Communauté* (2007), COM(2008) 877 final, 19 décembre 2008, 9 p. ; ici p. 9).

¹⁵²² De nombreuses critiques soulignent que la pratique de la Commission et la jurisprudence du Tribunal et de la Cour proscrivent, dans les faits, des comportements parfaitement concurrentiels.

TITRE II – LES INCIDENCES LIÉES À L’APPLICATION DE LA LÉGISLATION ANTIDUMPING

420. Constituant des actes de politique commerciale pris par des institutions de l’Union, les mesures antidumping échappent en tant que telles à l’application des règles de concurrence du traité auxquelles sont soumis, selon le cas, les entreprises et les États membres. Nonobstant, en pratique, ces mesures de défense commerciale ne sont pas dépourvues d’incidences sur la libre concurrence promue par les règles de concurrence du TFUE. Or l’Union doit veiller à la « *cohérence entre ses différentes politiques* »¹⁵²³, au nombre desquelles figurent la politique commerciale commune et la politique de concurrence. Dans l’affaire *Extramet*, emblématique des interactions entre antidumping et concurrence, l’avocat général Jacobs soulignait l’opposition entre « *le droit antitrust [...] destiné à protéger la concurrence, ce qui en général signifie le maintien des prix à la baisse* » et « *les mesures antidumping [...] destinées à empêcher la concurrence déloyale et, par conséquent, dans certains cas, à pousser les prix à la hausse* »¹⁵²⁴. Auparavant, dans l’affaire *Nölle*, l’avocat général Van Gerven avait remarqué que « *l’institution d’un droit antidumping peut [...] aboutir [...] à une majoration du prix et à une diminution de la concurrence globale à l’intérieur du marché commun* »¹⁵²⁵. Tous deux constataient que la législation antidumping permet d’adopter, à l’encontre d’importations de pays tiers jugées déloyales, une réponse institutionnelle altérant la concurrence dans le marché intérieur, en restreignant une source extérieure de rivalité sur ce marché.

Quelle que puisse être leurs incidences sur le libre jeu de la concurrence, les mesures antidumping légalement adoptées par les institutions européennes sous le contrôle du juge européen sont *de jure* compatibles avec les règles de concurrence de l’Union, puisque l’article 207 TFUE prévoit explicitement leur adoption¹⁵²⁶, organisant ainsi

¹⁵²³ Article 7 TFUE.

¹⁵²⁴ Observation de John TEMPLE LANG, « Reconciling European Community Antitrust and Antidumping, Transport and Trade Safeguard Policies – Practical Problems », *in* : Barry HAWK (éd.), *Annu. proc. Fordham Corp. Law Inst. (1988)*, (éd. 1989), chapitre 7, p. 2, approuvée par l’avocat général JACOBS dans ses conclusions sous CJCE, 11 juin 1992, *Extramet Industries SA c/ Conseil*, aff. C-358/89, *Rec. p. I-3813* (pt 30).

¹⁵²⁵ Conclusions sous CJCE, 22 octobre 1991, *Eugen Nölle c/ Hauptzollamt Bremen-Freihafen*, aff. C-16/90, *Rec. p. I-5163* (pt 11).

¹⁵²⁶ Anciennement article 133 CE, et antérieurement encore article 113 CEE.

implicitement la conciliation juridique entre les premières et les secondes. En énonçant que l'examen de l'intérêt de l'Union à l'adoption de mesures antidumping implique d'accorder une attention particulière « *à la nécessité d'éliminer les effets de distorsions des échanges d'un dumping préjudiciable et de restaurer une concurrence effective* »¹⁵²⁷, la législation de base tente d'assurer en pratique cette coexistence. Par ailleurs, les mesures prévues par le règlement antidumping de base de l'Union sont celles autorisées par l'encadrement multilatéral des législations antidumping. Si le droit de l'OMC, dont cette discipline fait partie, est (pratiquement) dépourvu de règles de concurrence, la Charte de la Havane, dont est issu l'Accord général qui constitue encore le noyau dur de ce droit, contenait de telles règles et envisageait, ainsi, la coexistence des actions antidumping et antitrust.

421. Nonobstant cette double licéité et ce contexte originel, les mesures antidumping prises par les institutions de l'Union sont critiquées pour les conséquences négatives qu'elles auraient sur la concurrence sur le ou les marché(s) concerné(s). La hausse des prix dans l'Union n'est pas l'unique incidence potentielle sur la concurrence de l'application de la législation antidumping. Elle n'est que la plus visible et fréquente conséquence des institutions de droits et des acceptations d'engagements, justifiées par l'existence d'importations effectuées en dumping causant un préjudice important à l'industrie de l'Union. Les biais précédemment identifiés au cours de la détermination d'une situation de dumping préjudiciable ont, certes, eux aussi, un effet néfaste sur la rivalité entre concurrents sur les marchés en cause. Mais cette altération de la concurrence est généralement indirecte : ce sont les mesures dont ces biais favorisent l'adoption ou l'importance qui matérialisent leurs répercussions néfastes dans l'action antidumping sur la libre concurrence.

Au-delà des mesures elles-mêmes, d'autres aspects de l'action antidumping présentent des risques d'atténuation de l'intensité concurrentielle. Les nombreuses étapes de la procédure antidumping qui conduisent, le cas échéant, à l'adoption des mesures, puis accompagnent leur mise en œuvre, n'ont pas toujours sur la concurrence l'innocuité souhaitable. À cet égard, dans ses conclusions sous l'arrêt *Nölle* l'avocat général Van Gerven avertissait que « [l]'objet des procédures antidumping ne saurait être d'entériner ou de susciter des pratiques qui sont

¹⁵²⁷ Article 21 du règlement de base.

*contraires aux règles de concurrence et [...] [qu']il convient d'éviter, dans la mesure du possible, que des mesures et des procédures antidumping produisent un tel effet »*¹⁵²⁸.

422. Ainsi, plusieurs aspects de l'application de la législation antidumping sont susceptibles de restreindre la concurrence dans le marché intérieur (**Chapitre I**). Or de telles restrictions de concurrence liées à l'action antidumping constituent un obstacle à toute coexistence véritablement harmonieuse entre l'action antidumping et la politique de concurrence. Elles doivent être réduites et limitées, dans toute la mesure compatible avec la nécessité de préserver l'efficacité d'un instrument de défense commerciale contre une concurrence extérieure considérée déloyale (**Chapitre II**).

Les incidences *ponctuelles* sur la concurrence des multiples aspects de l'action antidumping qui sont envisagées dans ce titre sont celles, *ponctuelles*, qui résultent notamment des procédures engagées et des mesures antidumping adoptées dans des affaires particulières, et non pas l'incidence *totale* de cette action sur les échanges entre l'Union et les pays tiers, et par suite sur la concurrence dans le marché intérieur, résultant de l'ensemble de ces procédures ouvertes et mesures prises¹⁵²⁹.

¹⁵²⁸ Conclusions sous CJCE, 22 octobre 1991, *Eugen Nölle c/ Hauptzollamt Bremen-Freihafen*, aff. C-16/90, *Rec.* p. I-5163 (pt 11).

¹⁵²⁹ La Commission souligne que moins de 0,25% des importations dans l'Union sont affectées par des mesures antidumping et anti-subsidiation, celles visant les importations en dumping étant de très loin les plus nombreuses (Comm. eur., *La Commission propose de moderniser les instruments de défense commerciale de l'UE*, communiqué de presse du 10 avril 2013).

CHAPITRE I – L’EXISTENCE DE RESTRICTIONS DE CONCURRENCE LIÉES À L’ACTION ANTIDUMPING

423. Le libre jeu de la concurrence n’est pas immunisé contre les effets d’une action antidumping visant prétendument à rétablir une concurrence équitable sur le marché intérieur européen. Deux catégories de restrictions de concurrence liées à l’action antidumping peuvent être distinguées, en retenant de la notion de *restriction*, non pas le sens relativement étroit qu’elle a en matière d’interdiction des ententes entre entreprises, mais un sens plus large comprenant toutes les formes de réduction de l’intensité de la concurrence et d’altération de son libre jeu, quel qu’en soit le (ou les) auteur(s), personne(s) privée(s) ou publique(s), entreprise(s), institution(s) européenne(s) ou État(s) membre(s). Dans cette acception étendue, la notion englobe les répercussions concurrentielles néfastes de l’action antidumping, celles attribuables aux personnes privées impliquées dans la mise en œuvre de la législation, comme celles imputables aux institutions de l’Union responsables de son application.

424. Entrent dans une première catégorie les restrictions de concurrence engendrées par les mesures antidumping adoptées et appliquées. Ces restrictions sont un aspect des remèdes autorisés par la discipline de l’OMC et par la législation antidumping de l’Union. Elles résultent de l’action institutionnelle (publique) contre une pratique de dumping préjudiciable (privée) condamnable au titre de la défense commerciale. Les mesures finales ne constituent pas la seule action institutionnelle engendrant des restrictions de concurrence : l’ouverture d’une procédure peut, par elle-même, affecter les échanges et réduire l’intensité de la concurrence en raison des modifications de leurs activités que les exportateurs et/ou les importateurs peuvent entreprendre lorsqu’ils sont informés qu’une procédure antidumping est en cours, afin d’en anticiper les résultats. Cette incidence de l’ouverture d’une procédure, ici seulement évoquée, est comparable à celle de l’ouverture d’une procédure antitrust. Cette dernière peut, elle aussi, avoir des conséquences sur l’activité des entreprises mises en cause, notamment par la mauvaise publicité causée par une accusation d’infraction antitrust, par les effets sur le comportement des clients, des concurrents et des investisseurs, et par les répercussions en résultant sur la situation concurrentielle du marché en cause.

Une seconde catégorie est formée par les restrictions collatérales à la mise en œuvre de la législation antidumping. L'action antidumping est, en effet, propice à d'occasionnels comportements restrictifs de concurrence, environnant, favorisés par, ou alternatifs à certaines étapes de la procédure.

425. Ce qui distingue les restrictions de ces deux catégories n'est pas leur origine publique (résultats de l'activité d'institutions européennes) ou privée (imputables aux personnes privées impliquées dans la procédure antidumping). Des répercussions publiques et privées se classent dans chacune d'elles. Ce qui les différencie est la nature de leur relation avec l'aspect de l'action antidumping considéré : les premières sont si étroitement liées aux mesures antidumping qu'elles peuvent être perçues comme *engendrées* par elles (**Section 1**). Les secondes sont périphériques aux mesures et à la procédure dont ces mesures constituent l'issue escomptée, ce qui justifie de les présenter comme *collatérales* à l'action antidumping (**Section 2**).

Section 1 – Les restrictions de concurrence engendrées par les mesures antidumping

426. Les mesures antidumping autorisées par les règles de l'OMC et prévues par la législation de l'Union sont de deux types (droits et engagements) mais de trois formes. La jurisprudence des groupes spéciaux et de l'organe d'appel de l'ORD distinguent, en effet, les droits antidumping définitifs, les mesures provisoires¹⁵³⁰ et les engagements. Dans l'Union, les droits antidumping définitifs sont désormais institués par la Commission¹⁵³¹, tandis que les engagements proposés par les exportateurs sont acceptés par elle depuis l'origine. À ces deux sortes de mesures définitives s'ajoutent des mesures provisoires qui sont également prises par la

¹⁵³⁰ Mesures provisoires qui peuvent consister soit en la perception de droits, soit en l'exigence d'une garantie telle qu'un dépôt en espèce ou un cautionnement. En pratique, dans l'Union, une garantie bancaire d'un montant équivalent à celui du droit provisoire est constituée. Le droit provisoire n'est effectivement collecté (perception définitive) que si le Conseil le décide dans le règlement instituant des mesures définitives, faute de quoi la garantie est levée.

¹⁵³¹ Depuis le 20 février 2014, sous le contrôle d'un nouveau comité antidumping (v. règlement (UE) n° 37/2014 du Parlement européen et du Conseil, du 15 janvier 2014, modifiant certains règlements relatifs à la politique commerciale commune en ce qui concerne les procédures d'adoption de certaines mesures, *JOUE* L 18, 21 janvier 2014, p. 1). Jusqu'alors ils l'étaient par le Conseil sur proposition de la Commission. Sur cette question des compétences dans la mise en œuvre de la législation antidumping, v. *supra* n° 105 et s.

Commission. Seules ces trois formes de mesures *tarifaires*¹⁵³² peuvent légalement être prises en vue de neutraliser, pour l'avenir, les effets d'importations effectuées en dumping.

Ni la discipline multilatérale, ni le règlement de base ne hiérarchisent les deux formes de mesures antidumping définitives. Cette absence de priorité de l'une sur l'autre connaît cependant des exceptions. Dans certaines situations, les règles de l'OMC et le droit de l'Union favorisent l'acceptation d'engagements comme mode de neutralisation du dumping préjudiciable. Cette relative priorité accordée aux engagements, indice de leur moindre nocivité à l'égard de la concurrence, est l'une de leurs particularités qui justifie une étude séparée des restrictions de concurrence que cette réponse au dumping préjudiciable est susceptible d'engendrer (§ II.). La diminution globale de la concurrence sur le marché concerné, provoquée par les mesures antidumping adoptées, doit préalablement être présentée et explicitée (§ I.).

§ I. Une réduction globale de l'intensité concurrentielle par les mesures antidumping

427. L'accusation d'effets restrictifs réels, voire celle d'aptitude restrictive des mesures antidumping elles-mêmes, paraît fondée. Les mesures contre le dumping adoptées par ses institutions européennes, exclusivement *tarifaires*¹⁵³³, engendrent une réduction globale de la concurrence dans le marché intérieur en diminuant son intensité (A.). Or aucune réponse au dumping préjudiciable autre que l'institution de droits antidumping¹⁵³⁴ et l'acceptation d'engagements, le cas échéant après l'application de mesures provisoires, n'est autorisée par les règles de l'OMC (B.).

¹⁵³² *Tarifaire* au sens de *relatif à un prix*, et non au sens de *portant sur les droits de douane*. Cette seconde signification vaut pour les droits antidumping (qui constituent des surtaxes douanières), mais pas pour les engagements de prix (hausses volontaires des prix rendues obligatoires). En revanche, droits et engagements concernent tous deux le prix du produit concerné.

¹⁵³³ Au sens indiqué *supra* note de bas de page n° 1532, visant tout ce qui est relatif à un prix, à un tarif au sens large, et non pas seulement ce qui concerne les droits de douane.

¹⁵³⁴ Les droits antidumping ont la nature de droits de douane. Un droit antidumping « est une surtaxe douanière » qui déroge à « la règle de la consolidation des droits de douanes, élément central de la réglementation du G.A.T.T » et « au jeu de la nation la plus favorisée », principe fondamental du droit de l'OMC : Dominique CARREAU et Patrick JUILLARD, *Droit international économique*, 5^{ème} éd., Paris, Dalloz, 2013, 802 p. ; ici p. 239.

A. Les effets restrictifs de mesures exclusivement tarifaires

428. L'adoption de mesures antidumping poursuit l'objectif d'éliminer le préjudice subi par l'industrie européenne. Le recours à ces mesures doit permettre « *de remettre les choses en l'état de façon à ce que les conditions normales de concurrence soient rétablies* »¹⁵³⁵. Dans l'appréciation de l'intérêt de l'Union à cette adoption, la nécessité d'« *éliminer les effets de distorsions des échanges d'un dumping préjudiciable et de restaurer une concurrence effective* » doit faire l'objet d'une attention particulière¹⁵³⁶. Et le Tribunal explique que, lorsqu'« *il est conclu à l'existence d'un dumping préjudiciable, des mesures antidumping doivent être imposées à moins que les intérêts allant à l'encontre d'une telle action prévalent nettement sur l'intérêt à l'élimination des effets de distorsions des échanges et à la restauration d'une concurrence effective* »¹⁵³⁷. Ainsi les mesures de défense contre le dumping préjudiciable sont-elles présentées comme bénéfiques à la concurrence, telle que promue par la politique de concurrence de l'Union. Or, contre une pratique tarifaire considérée déloyale, la législation antidumping prévoit une réponse institutionnelle dont l'effet, sinon l'objet, est le relèvement des prix de certaines importations. Certes, appliquer le concept antitrust d'objet anticoncurrentiel à des mesures adoptées par les institutions de l'Union serait incongru. Mais force est de constater qu'elles ont une aptitude concrète à restreindre la concurrence au sein du marché commun. Elles constituent des barrières aux échanges, soit tarifaires

¹⁵³⁵ Dominique CARREAU et Patrick JUILLARD, *Droit international économique*, 5^{ème} éd., *op. cit.* ; ici p. 240.

L'objectif des mesures antidumping est d'éliminer le préjudice subi par l'industrie de l'Union, *i.e.* les effets préjudiciables du dumping, et non pas, comme le souligne la Commission, de générer des revenus pour l'Union, ce qui est le résultat accessoire de l'imposition de droits antidumping. Dans certains rapports sur l'activité antidumping de la Communauté, la Commission indique qu'« *il est considéré que bien que l'acceptation d'un engagement puisse avoir des implications négatives sur le budget communautaire, les importations couvertes par ces engagements étant exemptées de droit antidumping/compensateurs, l'objectif des mesures de politique commerciale n'est pas de générer des revenus. L'incidence possible sur les ressources propres de la Communauté ne peut donc être un critère décisif pour l'acceptation, le refus ou le retrait des engagements.* » (Comm. eur., *Dix-huitième rapport annuel de la Commission au Parlement européen sur les activités antidumping et antisubventions de la Communauté – Aperçu du suivi des affaires de sauvegarde dans les pays tiers et de l'application du règlement sur les obstacles au commerce (1999)*, COM(2000) 440 final, 11 juillet 2000, 212 p., spéc. p. 100 ; v. également, Comm. eur., *Neuvième rapport annuel de la Commission sur les activités antidumping et antisubventions de la Commission (1990)*, SEC(91) 974 final, 31 mai 1991, 66 p., spéc. p. 4).

¹⁵³⁶ Article 21 du règlement de base.

¹⁵³⁷ Trib.UE, 11 juillet 2013, *Hangzhou Duralamp Electronics Co., Ltd c/ Conseil*, aff. T-459/07, non encore publié au *Rec.* (pt 182).

s'agissant des droits, soit non-tarifaires en matière d'engagements (au sens douanier du mot *tarifaire*)¹⁵³⁸.

429. Les effets restrictifs des mesures adoptées sont multiples.

- En neutralisant les effets des importations en dumping, elles poussent « à la hausse des prix »¹⁵³⁹, aboutissent « à une majoration du prix »¹⁵⁴⁰ des produits concernés. Autrement dit, l'action antidumping produit sur certaines importations une conséquence contraire à la « fonction de la concurrence » qui, « en matière de prix est de maintenir les prix au niveau le plus bas possible »¹⁵⁴¹. De plus, elle peut aussi provoquer un tel effet haussier sur les prix du produit similaire fabriqué par l'industrie de l'Union. Certes, le prix n'est pas le seul facteur de concurrence. L'innovation, la qualité et la diversité en sont d'autres. En outre, certaines interventions antitrust produisent également un effet inflationniste sur les prix – par exemple lorsqu'une entreprise dominante doit cesser ses pratiques de rabais de fidélité profitables pour les clients bénéficiaires des prix réduits. Le relèvement des prix généralement provoqué par les droits antidumping résulte de l'ajout du montant du droit imposé par les institutions au prix fixé par l'exportateur – en sus d'un éventuel droit de douane en application du tarif douanier commun. À cet égard, le type de droits – montant fixe par quantité ou montant *ad valorem* – serait sans incidence¹⁵⁴². En matière d'engagements, la hausse des prix est l'objet même de la promesse faite par l'exportateur et acceptée par la Commission. L'alternative à l'élévation du prix à l'exportation serait une hausse du prix domestique, à supposer

¹⁵³⁸ Si les droits antidumping constituent une barrière *tarifaire* aux échanges, l'action antidumping est présentée comme une barrière *non tarifaire*. Ainsi Philippe BARBET vise-t-il, parmi les « barrières non tarifaires aux échanges », les « droits compensateurs anti-dumping », et plus généralement, en raison du détournement des procédures, classe les procédures antidumping comme des barrières non tarifaires (« Du dumping comme pratique loyale et de l'anti-dumping comme barrière aux échanges », *Problèmes économiques*, n° 2.456, 1996, p. 14-22 et *Revue française d'économie*, vol. X, 2, printemps 1995, p. 3-33).

¹⁵³⁹ Conclusions de l'avocat général JACOBS sous CJCE, 11 juin 1992, *Extramet Industries SA c/ Conseil*, aff. C-358/89, préc. (pt 30) ; v. la citation entière *supra* n° 420.

¹⁵⁴⁰ Conclusions de l'avocat général VAN GERVEN sous CJCE, 22 octobre 1991, *Eugen Nölle c/ Hauptzollamt Bremen-Freihafen*, préc. (pt 11).

¹⁵⁴¹ CJCE, 14 juillet 1972, *Imperial Chemical Industries Ltd (ICI) c/ Commission (Matières colorantes)*, aff. 48/69, *Rec.* p. 619 (pt 115).

¹⁵⁴² CJCE, 27 juin 1991, *Al-Jubail Fertilizer co. (Samad) et Saudi Arabian Fertilizer Company (Safco) c/ Conseil*, aff. C-49/88, *Rec.* p. I-3187 (pt 24 : « le choix entre les différents types de droits antidumping est, en principe, sans incidence sur le montant final de ce droit »). Il existe plusieurs « types de droits », et le Conseil doit choisir, en usant de « son large pouvoir d'appréciation », « dans chaque cas, le "type de droit" qui est de nature à assurer, avec la plus grande efficacité, la défense contre les importations qui font l'objet de dumping » : CJCE, 27 mars 1990, *Cartorobica SpA*, aff. C-189/88, *Rec.* p. I-1269 (pt 25).

qu'un tel prix existe et que la valeur normale soit fondée sur lui et non pas construite. Elle n'est pourtant envisagée ni par le droit de l'OMC, ni par la législation de base de l'Union. Enfin, l'effet inflationniste de l'institution de droits et de l'acceptation d'engagements peut succéder à une élévation antérieure consécutive à l'ouverture de la procédure antidumping, voire l'accroître. À cet égard, le Conseil a reconnu que des hausses de prix constatées étaient « *étroitement liées dans le temps à l'ouverture de la [...] procédure* »¹⁵⁴³.

- Par ailleurs, en entravant les exportations vers l'Union depuis un ou plusieurs pays tiers¹⁵⁴⁴, les mesures contre le dumping ont pour effet réel ou potentiel de réduire le volume des importations en cause. Si le Conseil et la Commission ont plusieurs fois souligné que ces mesures « *n'ont pas pour objectif de restreindre l'offre, mais bien de rétablir une concurrence équitable sur le marché communautaire* »¹⁵⁴⁵, ils reconnaissent aussi qu'elles peuvent produire un tel effet restrictif¹⁵⁴⁶.

- Imposées sur les seules importations en provenance d'un ou plusieurs pays qui sont effectuées en dumping, les mesures contre le dumping ne visent pas les autres importations de ce ou ces mêmes pays, ni celles d'autres pays tiers, mais peuvent exercer un effet indirect sur leurs prix et leurs volumes.

¹⁵⁴³ Règlement (CE) n° 1193/2008 du Conseil, du 1^{er} décembre 2008, instituant un droit antidumping définitif et portant perception définitive du droit provisoire institué sur les importations d'acide citrique originaire de la République populaire de Chine, *JOUE* L 323, 3 décembre 2008, p. 1 (paragraphe 72).

¹⁵⁴⁴ Or, de telles entraves aux exportations peuvent constituer des restrictions de concurrence au sens de l'article 101 TFUE. Elles relèvent même « *de la catégorie des infractions par objet* » (Laurence IDOT, « Le retour de l'objet anticoncurrentiel », *Concurrences*, n° 4-2009, p. 1-2 ; et v., notamment, TPICE, 9 juillet 2009, *Peugeot et Peugeot Nederland c/ Commission*, aff. T-450/05, *Rec.* p. II-2533 (pts 46-47).

¹⁵⁴⁵ V., par exemple, le règlement (CE) n° 769/2002 du Conseil, du 7 mai 2002, instituant un droit antidumping définitif sur les importations de coumarine originaire de République populaire de Chine, *JOCE* L 123, 9 mai 2002, p. 1 (paragraphe 78) et, précédemment, une formule comparable dans le règlement (CE) n° 658/2002 du Conseil, du 15 avril 2002, instituant un droit antidumping définitif sur les importations de nitrate d'ammonium originaire de Russie, *JOCE* L 102, 18 avril 2002, p. 1 (paragraphe 89) ; plus récemment, une formulation équivalente dans le règlement d'exécution (UE) n° 792/2011 du Conseil, du 5 août 2011, instituant un droit antidumping définitif et portant perception définitive du droit provisoire institué sur les importations de certains mécanismes pour relier à anneaux originaires de Thaïlande, *JOUE* L 204, 9 août 2011, p. 11 (paragraphe 50).

V., également, le règlement (CE) n° 823/95 de la Commission, du 10 avril 1995, instituant un droit antidumping provisoire sur les importations de carbonate disodique originaire des États-Unis d'Amérique, *JOCE* L 83, 13 avril 1995, p. 8 (paragraphe 56) : « *L'élimination des effets de pratiques commerciales déloyales et le rétablissement d'une saine concurrence dans les échanges dans la Communauté constituent le fondement même des mesures antidumping et sont fondamentalement dans l'intérêt de la Communauté* ».

¹⁵⁴⁶ V. le règlement d'exécution (UE) n° 792/2011 du Conseil, du 5 août 2011, préc. (paragraphe 50).

- Enfin, en éliminant le préjudice subi par l'industrie de l'Union concernée, les mesures antidumping facilitent ou permettent la survie d'une partie ou de toute cette industrie et, par conséquent, affectent la structure de la concurrence. D'ailleurs, leur adoption n'est pas soumise au constat d'une efficacité des concurrents européens ainsi protégés au moins équivalente à celle des producteurs-exportateurs de pays tiers pratiquant le dumping¹⁵⁴⁷.

430. Appliquées lors du franchissement des frontières extérieures de l'Union européenne, les mesures antidumping ont, par nature, des effets transfrontaliers. L'entrave aux échanges avec les pays tiers que constitue une telle mesure était, d'ailleurs, explicitement reconnue dans les préambules des deux premiers Codes antidumping, où les parties contractantes reconnaissaient « *que les méthodes de lutte contre le dumping ne devraient pas constituer une entrave injustifiable au commerce international* »¹⁵⁴⁸. L'affectation du commerce extérieur qui en résulte est probablement sensible, dès lors que les mesures ne sont adoptées que si la marge de dumping et le préjudice causé à l'industrie de l'Union sont sensibles – *i.e.* ne sont pas *de minimis* ou négligeables¹⁵⁴⁹.

431. En affectant doublement, aux niveaux des prix et des quantités, une source extérieure de concurrence dans l'Union, et en offrant une protection à l'industrie de l'Union, les mesures antidumping restreignent nécessairement le libre jeu de la concurrence dans l'Union et apparaissent comme des interventions protectionnistes restrictives. Mais en altérant ainsi la concurrence dans l'Union, la législation antidumping ne se distingue pas des réglementations nationales et européennes qui, sous couvert d'un objectif légitime, tel que celui de protection de la loyauté de la concurrence, limitent, restreignent ou faussent la concurrence¹⁵⁵⁰. Par ailleurs, les

¹⁵⁴⁷ Le Tribunal semble même implicitement reconnaître le contraire puisqu'il estime que « *les mesures antidumping visent à donner à l'industrie communautaire la possibilité de se restructurer et de devenir plus efficace* » : TPICE, 8 juillet 2003, *Euroalliages e.a. c/ Commission*, aff. T-132/01, *Rec.* p. II-2359 (pt 152).

¹⁵⁴⁸ *Accord relatif à la mise en œuvre de l'article VI de l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce*, signé à Genève le 30 juin 1967 et entré en vigueur le 1^{er} juillet 1968 (le Code antidumping de 1967), *JOCE* L 305, 19 décembre 1968, p. 12 ; et *Accord relatif à la mise en œuvre de l'article VI de l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce*, signé à Genève le 12 avril 1979 et entré en vigueur le 1^{er} janvier 1980 (le Code antidumping de 1979), *JOCE* L 71, 17 mars 1980, p. 90.

¹⁵⁴⁹ *V. infra* n° 503 et s.

¹⁵⁵⁰ Dans l'affaire *Keck et Mithouard* (CJCE, 24 novembre 1993, aff. jes C-267/91 et C-268/91, *Rec.* p. I-6097), à propos de la prohibition française de la revente à perte, suivant la jurisprudence

mesures contre le dumping ne tirent aucune originalité dans le fait qu'elles concernent, principalement, la concurrence portant sur les prix, puisque certaines des réglementations évoquées partagent cette caractéristique, notamment celles relatives au prix du livre¹⁵⁵¹.

432. Outre cet effet restrictif intrinsèque aux mesures elle-même, dans certains cas l'existence des mesures est un élément factuel pris en compte dans la stratégie anticoncurrentielle d'une entreprise. Ainsi des mesures antidumping peuvent-elles avoir pour effet involontaire de protéger la position dominante d'un producteur européen¹⁵⁵² et/ou être utilisées par lui pour contrôler le marché qu'il domine¹⁵⁵³.

Dassonville (CJCE, 11 juillet 1974, aff. 8/74, *Rec.* p. 837), l'avocat général VAN GERVEN avait qualifié cette prohibition de mesure d'effet équivalent à une restriction quantitative et considéré qu'elle était justifiée, en application de la jurisprudence *Cassis de Dijon* (CJCE, 20 février 1979, *Rewe*, aff. 120/78, *Rec.* p. 649), car nécessaire et appropriée pour réaliser l'objectif de loyauté des transactions commerciales, et de nature, en outre, « à empêcher que la concurrence ne soit faussée, un objectif qui est également conforme au traité » (1^{ère} conclusions, pt 8). On se souvient que la Cour ne suivit pas son avocat général, mais décida, par un revirement de jurisprudence spectaculaire, d'exclure du champ d'application de l'article 30 du traité CEE (devenu article 28 du traité CE puis article 34 TFUE) les réglementations nationales concernant certaines modalités de vente, à condition qu'elles ne soient pas discriminatoires.

¹⁵⁵¹ De telles réglementations du prix du livre ont été soumises à la Cour de justice à plusieurs reprises : v., en dernier lieu, CJCE, 30 avril 2009, *Fachverband des Buch- und Medienwirtschaft c/ LIBRO Handelsgesellschaft mbH*, aff. C-531/07, *Rec.* p. I-3717. La Cour considère, dans cet arrêt, qu'une réglementation nationale relative au prix des livres importés, portant sur des modalités de vente, mais prévoyant un traitement moins favorable pour les livres importés et, par conséquent, qualifiée de mesure d'effet équivalent à une restriction quantitative aux importations, peut être justifiée par l'exigence impérative d'intérêt public de protection du livre en tant que bien culturel. Par ailleurs, le Parlement européen et le Conseil se sont penchés à plusieurs reprises sur de telles réglementations : v., notamment, Parlement européen, *Résolution sur le système de prix fixes du livre*, JOCE C 296, 18 octobre 2000, p. 210 ; Conseil, *Résolution du 12 février 2001, concernant l'application des systèmes nationaux de fixation du prix du livre*, JOCE C 73, 6 mars 2001, p. 5 ; et Parlement européen, *Résolution contenant des recommandations à la Commission en vue de l'élaboration d'une directive du Parlement européen et du Conseil relative à un système de prix imposés pour les livres*, JOCE C 180 E, 31 juillet 2003, p. 476.

¹⁵⁵² Un tel effet était indiqué dans la décision *ICI* : décision n° 91/300/CEE de la Commission, du 19 décembre 1990, relative à une procédure d'application de l'article 86 du traité CEE (IV/33.133-D : *Carbonate de soude – ICI*), JOCE L 152, 15 juin 1991, p. 40 ; annulée pour vice procédural et reprise par la décision n° 2003/7/CE de la Commission, du 13 décembre 2000, relative à une procédure d'application de l'article 82 du traité CE (COMP/33.133 – D. *Carbonate de soude – ICI*), JOCE L 10, 15 janvier 2003, p. 33 : « A la suite de l'instauration de mesures antidumping, la part de marché d'ICE s'est stabilisée autour de 93% » (paragraphe 5) ; « D'après ICI, la moitié peut-être des bénéficiaires actuels seraient compromis si la protection antidumping contre les importations des États-Unis d'Amérique devait être supprimée » (paragraphe 8) ; la puissance d'ICI sur le marché était évaluée en tenant compte, notamment, de la protection offerte par les mesures antidumping et des contraintes de prix imposées aux concurrents par les engagements antidumping (paragraphe 48, vi) et vii)).

¹⁵⁵³ La décision n° 91/300/CEE de la Commission (IV/33.133-D : *Carbonate de soude – ICI*), préc., montre l'utilisation par une entreprise dominante des mesures antidumping pour contrôler le marché pertinent dominé par elle (v. paragraphe 63). Dans son arrêt dans l'affaire T-37/91, statuant sur le

B. L'exclusion de tout autre remède que les mesures tarifaires

433. Nonobstant les effets restrictifs avérés des mesures antidumping sur le jeu de la concurrence sur le marché du produit concerné, les seules réponses à une situation constatée de dumping préjudiciable, autorisées par le droit de l'OMC, sont les mesures tarifaires qu'ils autorisent explicitement : *i.e.* les droits antidumping provisoires et définitifs et les engagements de prix. Aucun autre remède, en particulier de nature concurrentielle, n'est permis – les engagements en matière antidumping n'étant pas comparables à ceux du droit de la concurrence¹⁵⁵⁴.

Envisager d'autres modes de réaction au dumping préjudiciable et s'interroger sur la nature de ces derniers impliquent, au préalable, de justifier le choix du mot *remède* pour désigner les réponses de type antitrust dont la transposition à l'antidumping sera ensuite questionnée. Au sens figuré, ce terme désigne ce qui permet de résoudre un problème¹⁵⁵⁵. Or le dumping préjudiciable constitue le problème à neutraliser. Par ailleurs, il correspond partiellement au substantif anglais *remedy*¹⁵⁵⁶, employé par la doctrine en langue anglaise explorant les réponses concurrentielles au dumping dans les expressions *antitrust remedies* et *antitrust based remedies*. Enfin, il a été utilisé par la Commission dans un rapport annuel sur les activités antidumping pour désigner les « *solutions constructives* »¹⁵⁵⁷ dont l'article 15 du Code antidumping exige l'exploration préalable à l'institution de droits antidumping dans le cas

recours en annulation contre cette décision, le Tribunal rapporte que, dans la communication des griefs, la Commission avait affirmé que la stratégie de fidélisation des clients mise en œuvre par l'entreprise dominante sur le marché britannique de la soude avait « *eu pour objectif d'exclure systématiquement les importations de soude au Royaume-Uni, à l'exception de celles de la société américaine Allied, dont la requérante, pour des raisons de "prudence commerciale", était disposée à tolérer le maintien sur le marché, à titre de fournisseur accessoire, dans des limites strictes, garanties par un prix minimal que cette société s'était engagée à respecter dans le cadre d'une procédure antidumping. En effet, la requérante aurait considéré que, si Allied devait se retirer complètement du marché du Royaume-Uni, les verriers rechercheraient presque certainement en Europe continentale des sources d'approvisionnement de rechange* » : TPICE, 29 juin 1995, *Imperial Chemical Industries plc (ICI) c/ Commission*, aff. T-37/91, Rec. p. II-1901 (pt 52).

¹⁵⁵⁴ V. *infra* n° 436 et s.

¹⁵⁵⁵ Le dictionnaire *Le Petit Robert* (2011) le définit, au sens figuré, comme « *ce qui est employé pour atténuer ou guérir une souffrance morale, un mal, pour résoudre une difficulté* » et *Le nouveau Littré* (2007) comme « *tout ce qui peut déterminer un changement salutaire dans l'économie, le corps humain en général et dans un organe en particulier* ».

¹⁵⁵⁶ D'ailleurs, l'ancien français *remédie* est passé en anglais au XIII^{ème} siècle sous le mot *remedy* (d'après *Le nouveau Petit Robert* (2002)).

¹⁵⁵⁷ L'expression « *remèdes constructifs* » est utilisée dans Comm. eur., *Neuvième rapport annuel sur les activités antidumping et antisubventions de la Commission (1990)*, SEC(91) 974 final, 31 mai 1991, 66 p. (p. 4).

d'importations en provenance d'un pays en développement¹⁵⁵⁸, ainsi que le bref *Guide de la législation communautaire à l'encontre des pratiques de dumping et de subventions*, pour qualifier l'imposition de droits antidumping de « *remède normal à l'encontre d'importations qui font l'objet d'un "dumping" »*¹⁵⁵⁹. Les mesures antidumping prévues par le droit de l'OMC et la législation européenne de base constituent des *remèdes commerciaux* au dumping préjudiciable et les alternatives ici explorées sont les *remèdes antitrust* à cette pratique déloyale.

434. En matière antitrust, des *remèdes* variés peuvent sanctionner une pratique anticoncurrentielle constatée. Les *remèdes administratifs*¹⁵⁶⁰ à une situation nocive pour le libre jeu de la concurrence dans l'Union visent au rétablissement d'une concurrence effective. Telle est la finalité commune aux injonctions de cessation, aux astreintes et aux engagements, les amendes visant davantage à punir le comportement passé et à dissuader sa réitération¹⁵⁶¹. Par ailleurs, certains *remèdes judiciaires*¹⁵⁶² poursuivent une fin identique, tel le prononcé de la nullité d'un accord anticoncurrentiel, tandis que la réparation par l'octroi de dommages-intérêts permet simplement de réparer les préjudices subis par les victimes d'un comportement anticoncurrentiel.

Certes, ces *remèdes antitrust administratifs et judiciaires* peuvent avoir une certaine incidence sur la concurrence sur le ou les marchés concernés, notamment ceux de type structurel. Mais cette incidence n'est pas néfaste. Elle est bénéfique pour la concurrence dès lors que les sanctions visent à rétablir la concurrence plus vive qui

¹⁵⁵⁸ La version anglaise de l'article 15 du Code utilise d'ailleurs l'expression « *constructive remedies* ». Cherchant à définir l'expression « *solutions constructives* », le Groupe spécial Communautés européennes – *Droits antidumping sur les importations de linge de lit en coton en provenance d'Inde* (ci-après « *CE – Linge de lit* ») (rapport du 30 octobre 2000, WT/DS141/R), a indiqué qu'elle « *pourrait [...] être comprise comme désignant les moyens utiles pour contrecarrer l'effet du dumping dommageable* ». En français, cependant, le mot *moyen* n'indique pas suffisamment l'idée de suppression d'un effet indésirable, de réparation, de redressement d'une situation condamnée.

¹⁵⁵⁹ Document daté septembre 1988 (10 p. ; ici p. 2), communiqué par la Commission, en français, suite à une demande d'accès aux documents fondée sur le règlement (CE) n° 1049/2001, préc.

¹⁵⁶⁰ Nous les disons *administratifs* car ils sont adoptés par la Commission ou une ANC, même si la juridiction éventuellement appelée à en connaître peut avoir une compétence de plein contentieux à leur égard lui permettant de réviser ces sanctions.

¹⁵⁶¹ Articles 7 (cessation), 9 (engagements), 23 (amendes) et 24 (astreintes) du règlement (CE) n° 1/2003 du Conseil du 16 décembre 2002 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité, *JOCE* L 1, 4 janvier 2003, p. 1.

¹⁵⁶² *Remèdes judiciaires* au sens de sanctions ordonnées par un Tribunal, fut-il administratif dans le cas de la France, le plus souvent les tribunaux judiciaires ayant, en tout état de cause, vocation à connaître de tels litiges.

aurait existé en l'absence du comportement interdit. Ne sont affectés négativement que les concurrents auteurs des infractions. À une situation de concurrence entravée, réduite, doit succéder une compétition entre entreprises autonomes effective et profitable aux consommateurs. La modification du jeu de la concurrence qui résulterait, le cas échéant, des sanctions antitrust, serait en tout état de cause bien moindre que celle provoquée par les mesures antidumping, notamment parce qu'elle ne concerne pas nécessairement les prix et les quantités.

435. Aucun de ces remèdes antitrust actuels – ni tout autre qui serait découvert à l'avenir – ne peut être appliqué contre le dumping. Si l'interdiction de tout remède concurrentiel au dumping résultait implicitement de l'encadrement multilatéral – article VI du GATT et accords antidumping successifs –, elle a été explicitement énoncée par les groupes spéciaux et l'Organe d'appel de l'ORD à l'occasion de deux affaires concernant des législations américaines relatives au dumping.

Dans l'affaire *États-Unis – Loi de 1916*, était en cause un remède de type antitrust (responsabilité civile). L'Organe d'appel a expliqué que l'article VI du GATT de 1994, lu conjointement avec l'Accord antidumping, englobe toutes les mesures prises contre le dumping¹⁵⁶³ et limite les « *réponses admissibles au dumping* » aux droits antidumping définitifs, aux mesures provisoires et aux engagements¹⁵⁶⁴. Pour réagir contre les comportements présentant les éléments constitutifs¹⁵⁶⁵ du dumping – que ces comportements soient nommés dumping ou prix prédateurs –, les Membres de l'OMC ne peuvent recourir à aucune « *mesure particulière contre le dumping* »¹⁵⁶⁶ autre que l'un de ces trois modes d'action admissibles. Aucune autre réponse « *contre* » le dumping n'est admise, dès lors qu'elle est « *particulière* » à une pratique de dumping, fut-elle dirigée non pas contre la pratique commerciale qu'est le dumping mais contre les personnes qui la mettent en œuvre, à l'instar des amendes, injonctions et dommages-intérêts en matière antitrust. Par suite, l'engagement de la responsabilité pénale et civile des importateurs pratiquant le dumping, rendu possible

¹⁵⁶³ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Loi antidumping de 1916*, 28 août 2000, WT/DS/136/AB/R, WT/DS/162/AB/R (paragraphe 109 et s.).

¹⁵⁶⁴ *Ibid.* (paragraphe 137).

¹⁵⁶⁵ Ces éléments constitutifs étant 1) l'introduction – importation et dédouanement – d'un produit sur le marché intérieur à 2) un prix inférieur à sa valeur normale sur le marché d'exportation (v. le rapport du Groupe spécial *États-Unis – Loi antidumping de 1916 – Plainte des Communautés européennes*, WT/DS/136/R et Corr.1, 26 septembre 2000, paragraphe 6.104).

¹⁵⁶⁶ Article 18.1 du Code antidumping.

par la *Loi antidumping américaine de 1916* – qui prévoyait des peines d'emprisonnement et des dommages-intérêts triples –, constituait une « *mesure particulière contre le dumping* » non autorisée et donc contraire au droit de l'OMC.

L'interdiction de tout remède autre que les trois types de mesures explicitement autorisées a été confirmée, développée et appliquée dans l'affaire *États-Unis – Loi de 2000 sur la compensation pour continuation du dumping et maintien de la subvention*, tant par le Groupe spécial¹⁵⁶⁷ que par l'Organe d'appel¹⁵⁶⁸, à propos d'un remède qui n'était pas de type antitrust (subvention de compensation). Cette *Loi américaine de 2000*, également connue sous le nom d'*amendement Byrd*, prévoyait¹⁵⁶⁹ la distribution du produit des droits antidumping et compensateurs perçus aux entreprises ayant déposé, ou seulement subséquentement appuyé, la plainte à l'origine de la procédure ayant conduit à l'institution de ces droits¹⁵⁷⁰. Il ressort des constatations du Groupe spécial, confirmées par l'Organe d'appel, que ces versements de compensation résultaient automatiquement du recouvrement de droits antidumping, eux-mêmes recouverts seulement après imposition d'une mesure antidumping, laquelle ne pouvait être adoptée qu'à la suite d'une détermination de l'existence d'un dumping préjudiciable¹⁵⁷¹. Ainsi ces versements ne pouvaient-ils être effectués que dans des situations où les éléments constitutifs du dumping étaient

¹⁵⁶⁷ Rapport du Groupe spécial *États-Unis – Loi de 2000 sur la compensation pour continuation du dumping et maintien de la subvention*, WT/DS217/R, WT/DS234/R, 16 septembre 2002 (ci-après « rapport du Groupe spécial *États-Unis – Loi de 2000* »).

¹⁵⁶⁸ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Loi de 2000 sur la compensation pour continuation du dumping et maintien de la subvention*, WT/DS217/AB/R, WT/DS234/AB/R, 16 janvier 2003 (ci-après « rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Loi de 2000* »).

¹⁵⁶⁹ Elle a finalement été abrogée, avec retard (l'arbitre désigné ayant fixé un délai pour la mise en conformité de l'*amendement Byrd* avec le droit de l'OMC expirant le 27 décembre 2003), ce qui a justifié que plusieurs Membres sollicitent et obtiennent l'autorisation d'appliquer des mesures de rétorsion. La Loi de réduction du déficit de 2005 a, *inter alia*, abrogé l'*amendement Byrd*, mais avec une période de transition (distribution des droits perçus jusqu'au 30 septembre 2007 mais distribution s'étendant sur plusieurs années postérieures), justifiant le maintien de mesures de rétorsion régulièrement ajustées (v. règlement (UE) n° 305/2010 de la Commission du 14 avril 2010, remplaçant les annexes I et II du règlement (CE) n° 673/2005 du Conseil instituant des droits de douane supplémentaires sur les importations de certains produits originaires des États-Unis d'Amérique, *JOUE* L 94, 15 avril 2010, p. 15).

¹⁵⁷⁰ Cet amendement à la Loi douanière de 1930 (*1930 Tariff Act*) a été très critiqué par la doctrine américaine. V. Daniel M. LOPEZ, « The Continued Dumping and Subsidy Offset Act of 2000 : "Relief" for the U.S. Steel Industry ; Trouble for the United States in the WTO », *University of Pennsylvania Journal of International Economic Law*, vol. 23, 2002, p. 415-455 ; Hale E. SHEPPARD, « The Continued Dumping and Subsidy Offset Act (Byrd Amendment) : a Defeat before the WTO may constitute an overall victory for U.S. Trade », *Tul. J. Int'l & Comp. L.*, 2002, p. 121-160.

¹⁵⁷¹ Ces versements ne sont pas l'équivalent des dommages-intérêts triples du droit antitrust des États-Unis : v., sur ce point, Peter D. EHRENHAFT, « Is interface of antidumping and antitrust laws possible ? », *Geo. Wash. Int'l L. Rev.*, 2002, p. 363-400 ; spéc. note en bas de page n° 78.

réunis et, par suite, l'*amendement Byrd* constituait une mesure « *particulière* » au dumping¹⁵⁷². Puisque cette législation exerçait sur le dumping une « *influence défavorable* », elle constituait une mesure « *contre* » le dumping¹⁵⁷³. Les versements de compensation ne relevant d'aucune des trois formes de réponses au dumping autorisées, l'*amendement Byrd* ne pouvait être un remède au dumping conforme aux règles de l'OMC¹⁵⁷⁴.

§ II. Des restrictions concurrentielles spécifiques aux engagements antidumping

436. Les engagements constituent le second type de mesures antidumping définitives prévues par le droit de l'OMC¹⁵⁷⁵. Non visés par l'article VI du GATT, ils sont autorisés et réglementés par le Code antidumping¹⁵⁷⁶ dans des conditions reprises, en des termes quasi-identiques, par le règlement antidumping de base¹⁵⁷⁷. *Solution constructive* contre le dumping devant être favorisée dans certains cas¹⁵⁷⁸, aux effets restrictifs moindres que ceux des droits antidumping (**A.**), les engagements de prix sont des mesures antidumping qui se distinguent par les liaisons dangereuses qu'elles entretiennent avec les ententes sanctionnées par le droit antitrust (**B.**).

A. Des effets restrictifs négociés moindres que ceux résultants des droits antidumping

437. Contrairement aux droits définitifs institués par le Conseil (désormais par la Commission), les engagements, bien que formellement adoptés par la Commission, ne sont pas imposés mais négociés. Leur adoption est le point d'orgue d'un processus de

¹⁵⁷² Rapport du Groupe spécial *États-Unis – Loi de 2000*, préc. (paragraphe 7.21). La circonstance que ces versements sont financés par le produit des droits antidumping recouverts est sans incidence (paragraphe 7.22) ; rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Loi de 2000*, préc. (paragraphe 237-245).

¹⁵⁷³ Rapport du Groupe spécial *États-Unis – Loi de 2000*, préc., paragraphes 7.33-7.34 ; rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Loi de 2000*, préc., paragraphes 246-254.

¹⁵⁷⁴ Rapport du Groupe spécial *États-Unis – Loi de 2000*, préc., paragraphes 7.51-7.52 ; rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Loi de 2000*, préc., paragraphe 265.

¹⁵⁷⁵ Ou la troisième forme de mesures si l'on suit la distinction de la jurisprudence des groupes spéciaux et de l'Organe d'appel de l'ORD, v. *supra* n° 426.

¹⁵⁷⁶ Par le Code antidumping de 1994 (article 8), comme par les Codes précédents (Code antidumping de 1967, article 7 ; Code antidumping de 1979, article 7) ;

¹⁵⁷⁷ Par le règlement de base actuellement en vigueur (article 8), comme par tous les précédents règlements de base.

¹⁵⁷⁸ V. *infra* n° 441.

négociation, fut-il réduit à une simple offre suivie de son acceptation sans discussion intermédiaire. L'offre peut être spontanément présentée par un exportateur ou suscitée par la Commission. Les produits fabriqués par les sociétés visées dans la décision d'acceptation d'engagements ne sont pas soumis aux droits antidumping parallèlement institués¹⁵⁷⁹. Ainsi les restrictions de concurrence engendrées par les engagements sont-elles *négociées* et consistent en hausses sélectives des prix – les engagements ne pouvant porter que sur les prix (1^o). De telles restrictions négociées altèrent l'intensité de la concurrence sur le marché du produit concerné, d'une manière toutefois réputée moindre que les droits antidumping (2^o).

1^o Des restrictions négociées consistant en hausses sélectives des prix

438. L'encadrement multilatéral antidumping n'autorise que les « *engagements en matière de prix* »¹⁵⁸⁰ – ou engagements de prix – proposés par les exportateurs pratiquant le dumping et acceptés par l'autorité compétente. L'ambiguïté quant à l'éventuelle licéité, au regard du droit de l'OMC, d'engagements portant sur les quantités¹⁵⁸¹, a été levée par le Groupe spécial CE – *Accessoires de tuyauterie en fonte*¹⁵⁸². Si, outre la faculté pour un exportateur de promettre de « *réviser ses prix* », « *l'article 8.1 [du Code] envisage aussi la possibilité pour [cet exportateur] de s'engager à "ne plus exporter vers la zone en question à des prix de dumping"* »¹⁵⁸³, il vise ainsi « *spécifiquement l'engagement de ne pas vendre à des prix de dumping* »,

¹⁵⁷⁹ Qu'il s'agisse des droits imposés, le cas échéant, pour les autres importations de produits originaires du pays concerné (droits individuels pour chaque exportateur ou droit collectif pour les exportateurs non coopérants), ou aussi du droit résiduel (global) imposé, même lorsque les engagements concernent tous les exportateurs actuels, pour toutes les autres importations (futures) originaires de ce pays, afin de garantir l'efficacité des engagements et éviter leur contournement.

¹⁵⁸⁰ Cette expression (en anglais « *price undertakings* ») forme le titre de l'article 8 du Code antidumping. Cet intitulé ainsi que la formulation de l'article 8 du Code de 1994 reprend celle de l'article 7 du Code de 1979. Tous deux prévoient qu'un exportateur puisse s'engager « *à réviser ses prix ou à ne plus exporter vers la zone en question à des prix de dumping* ». Cette formule diffère quelque peu de celle de l'article 7 du premier Code réglementant les « *engagements relatifs aux prix* » (en anglais « *price undertakings* ») consistant pour des exportateurs à s'engager « *à réviser leurs prix de façon à éliminer la marge de dumping, ou à ne plus exporter vers la zone en question à des prix de dumping* ».

¹⁵⁸¹ L'engagement portant sur les quantités n'a aucune aptitude à la suppression du dumping (*i.e.* la discrimination de prix) ; ses seules capacités et finalités sont l'élimination du préjudice. Il ne vise en aucune manière l'aspect déloyal de la pratique (la discrimination de prix) mais s'attache seulement à protéger l'industrie contre ses effets préjudiciables.

¹⁵⁸² Rapport du Groupe spécial *Communautés européennes – droits antidumping sur les accessoires de tuyauterie en fonte malléable en provenance du Brésil*, WT/DS219/R, 7 mars 2003.

¹⁵⁸³ Possibilité de s'engager à ne plus exporter en dumping qui était la source des doutes quant à la licéité d'engagements de quantité.

mais « *n'envisage pas une limitation de la quantité du produit exporté* »¹⁵⁸⁴. Par conséquent, les « *“engagements” quantitatifs ne sont pas une solution prévue dans l'Accord antidumping* »¹⁵⁸⁵. Est ainsi remise en cause, implicitement mais certainement, la pratique antérieure de la Commission consistant, en se fondant sur la formulation ambiguë de cet article 8.1, reprise dans la législation européenne¹⁵⁸⁶, à envisager, voire accepter¹⁵⁸⁷, de tels engagements¹⁵⁸⁸. Pratique de la Commission que le Parlement européen avait pourtant désavouée dans une résolution votée en 1990,

¹⁵⁸⁴ Le Groupe spécial remarque également que « *le titre de l'article 8 est “Engagements en matière de prix” et non “Engagements en matière de prix ou autres”* » : *ibid.*, paragraphe 7.78.

La formulation du Code de 1994 reprend celle du Code de 1979 : l'article 8 du premier et l'article 7 du second, tous deux intitulés « *engagements en matière de prix* » (en anglais « *price undertakings* »), prévoient qu'un exportateur peut s'engager « *à réviser ses prix ou à ne plus exporter vers la zone en question à des prix de dumping* ». Cette formule diffère quelque peu de celle de l'article 7 du premier Code réglementant les « *engagements relatifs aux prix* » (en anglais « *price undertakings* »), consistant pour des exportateurs à s'engager « *à réviser leurs prix de façon à éliminer la marge de dumping, ou à ne plus exporter vers la zone en question à des prix de dumping* ».

¹⁵⁸⁵ *Ibid.* En l'espèce, le groupe spécial a rejeté l'argument du Brésil selon lequel, au titre de l'article 15 du Code imposant à la Communauté d'explorer, préalablement à l'imposition de droit antidumping, toutes les « *solutions constructives* », cette dernière aurait dû explorer d'autres solutions que l'acceptation d'un engagement en matière de prix ou l'imposition d'un droit moindre, telles qu'un « *engagement limitant les quantités à exporter vers* » la Communauté que, selon le Brésil, cette dernière aurait pour pratique d'accepter (paragraphe 7.77).

¹⁵⁸⁶ L'article 8 de l'actuel règlement de base (CE) n° 1225/2009 (codifiant le règlement (CE) n° 384/96), prévoit en effet que « *les exportateurs s'engagent [...] à réviser leur prix ou à ne plus exporter à des prix de dumping* ». Dans les précédents règlements de base, la formulation était quelque peu différente : les articles 10, paragraphe 2, b), respectifs des règlements (CE) n° 2423/88, (CEE) n° 2176/84 et (CEE) n° 3017/79 indiquaient que « *les prix sont révisés ou les exportations cessent dans une mesure qui élimine [...] la marge de dumping [...] ou les effets préjudiciables qui en découlent* ». Et l'article 14, paragraphe 2, a), du règlement (CEE) n° 459/68 envisageait le cas où « *les exportateurs s'engagent volontairement à réviser leurs prix de façon à éliminer la marge de dumping, ou à cesser leurs exportations du produit en cause* » (mais pas où les engagements éliminent seulement le préjudice).

¹⁵⁸⁷ La Commission expliquait, dans son *Dix-huitième rapport annuel au Parlement européen sur les activités antidumping et antisubventions de la Communauté – Aperçu du suivi des affaires de sauvegarde dans les pays tiers et de l'application du règlement sur les obstacles au commerce (1999)*, préc. (p. 100), que « *bien que la législation communautaire actuelle se réserve la possibilité d'accepter des engagements quantitatifs (plus faciles à surveiller que des engagements de prix), dans la pratique, les engagements purement basés sur les volumes ne sont plus acceptés* ». Antérieurement, dans son *Quatorzième rapport annuel au Parlement européen sur les activités antidumping et antisubventions de la Communauté (1995)*, COM(96) 146 final, 8 mai 1996, la Commission avait indiqué (p. 41) que « *[l]a plupart des engagements acceptés par [elle] sont des engagements de prix, même si certains engagements quantitatifs sont également en vigueur* ». Un exemple d'engagement de quantité accepté peut être trouvé dans la décision n° 94/293/CE de la Commission, du 13 avril 1994, portant acceptation d'engagements offerts dans le cadre de la procédure antidumping concernant les importations de nitrate d'ammonium originaire de Lituanie et de Russie, JOCE L 129, 21 mai 1994, p. 24.

¹⁵⁸⁸ Ainsi, par exemple, dans l'affaire du *carbure du silicium*, un engagement quantitatif fut refusé non pas au motif que son acceptation aurait été contraire aux obligations découlant pour la Communauté des règles de l'OMC, mais parce qu'il « *n'aurait pas permis d'éliminer le préjudice causé par les exportations* » : règlement (CE) n° 1786/97 du Conseil du 15 septembre 1997 modifiant le règlement (CE) n° 821/94 instituant un droit antidumping définitif sur les importations de carbure de silicium originaire, entre autres, d'Ukraine, JOCE L 254, 17 septembre 1997, p. 6 (paragraphe 22).

où il remarquait que « *les engagements qui prévoient des restrictions quantitatives sont contraires à l'esprit du GATT et ne devraient pas être acceptés* »¹⁵⁸⁹.

439. Cette réduction à sa plus simple expression de la panoplie d'engagements antidumping contraste avec l'absence de liste exhaustive en matière antitrust autorisant l'acceptation d'une variété d'engagements tant comportementaux que structurels, voire mixtes¹⁵⁹⁰. Contraste que la nuance suivante n'apâlit que faiblement. Cette unicité de types d'engagements antidumping est tempérée par la pratique de la Commission qui accepte non seulement de *purs* engagements de prix, mais également des engagements de prix limités à une certaine quantité, les quantités importées au-delà de la limite convenue étant soumises à un droit antidumping¹⁵⁹¹.

Cette différence première entre législation antidumping et droit antitrust se double d'une seconde, plus fondamentale¹⁵⁹². Contrairement à son homonyme du droit

¹⁵⁸⁹ Parlement européen, *Résolution sur la politique antidumping de la Communauté européenne*, 14 décembre 1990, *JOCE* C 19, 28 janvier 1991, p. 633 (point 8).

¹⁵⁹⁰ Prévus par l'article 9 du règlement (CE) n° 1/2003, préc.

¹⁵⁹¹ Pratique rapportée par Ivo VAN BAEL et Jean-François BELLIS, *EU Anti-Dumping and Other Trade Defence Instruments*, 5^{ème} éd., Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2011, 1368 p. ; spéc. p. 428. Pour des exemples, v. : décision n° 97/790/CE de la Commission, du 24 octobre 1997 portant acceptation des engagements offerts dans le cadre de la procédure antidumping concernant les importations de certains tubes et tuyaux sans soudure, en fer ou en acier non allié, originaires de Hongrie, de Pologne, de République tchèque, de Roumanie et de République slovaque et abrogeant la décision 93/260/CEE, *JOCE* L 322, 25 novembre 1997, p. 63 ; règlement (CE) n° 2320/97 du Conseil, du 17 novembre 1997, instituant des droits antidumping définitifs sur les importations de certains tubes et tuyaux sans soudure, en fer ou en acier non allié, originaires de Hongrie, de Pologne, de Russie, de République tchèque, de Roumanie et de la République slovaque, abrogeant le règlement (CEE) n° 1189/93 et clôturant la procédure concernant les importations en provenance de la République de Croatie, *JOCE* L 322, 25 novembre 1997, p. 1 (paragraphe 86 et article 2) (règlement contesté dans l'affaire *Petrotub et Republica*, préc.) ; et plus récemment : décision n° 2007/424/CE, de la Commission, du 18 juin 2007, portant acceptation des engagements offerts dans le cadre de la procédure antidumping concernant les importations de certains préparations ou conserves de maïs doux en grains originaires de Thaïlande, *JOUE* L 159, 20 juin 2007, p. 42 ; et décision n° 2013/423/UE de la Commission, du 2 août 2013, portant acceptation d'un engagement offert dans le cadre de la procédure antidumping concernant les importations de modules photovoltaïques en silicium cristallin et leurs composants essentiels (cellules et wafers) originaires ou en provenance de République populaire de Chine, *JOUE* L 209, 3 août 2013, p. 26 et décision d'exécution n° 2013/707/UE de la Commission, du 4 décembre 2013, confirmant l'acceptation d'un engagement offert dans le cadre des procédures antidumping et antisubventions concernant les importations de modules photovoltaïques en silicium cristallin et leurs composants essentiels (cellules) originaires ou en provenance de République populaire de Chine pour la période d'application des mesures définitives, *JOUE* L 325, 5 décembre 2013, p. 214.

¹⁵⁹² Une troisième différence peut être évoquée : alors que les décisions d'acceptation d'engagements en matière antitrust ne sont pas nécessairement limitées dans le temps (v. article 9, paragraphe 1, *in fine*, du règlement n° 1/2003, préc.), les engagements en matière de dumping ne peuvent, comme toutes mesures antidumping définitives, durer plus de cinq ans (ce qui n'exclut pas qu'un réexamen conduise à l'acceptation de nouveaux engagements).

antitrust¹⁵⁹³, l'engagement en matière antidumping n'a pas pour objet et effet le rétablissement de la concurrence par des mesures adéquates prises par les entreprises concernées. Il n'a pour finalité et résultat qu'une augmentation des prix des produits importés fabriqués par les sociétés visées dans la décision portant acceptation des engagements proposés par les exportateurs concernés. Ainsi l'engagement en matière de prix réduit-il l'intensité de la concurrence par une hausse des prix doublée d'une réduction, sinon certaine du moins probable, des quantités des produits importés. La circonstance que les engagements antidumping ne puissent pas porter sur les quantités n'exclut pas qu'ils puissent affecter les quantités importées des pays tiers concernés. Le rétablissement d'une situation de concurrence loyale entre produits importés et produits fabriqués par l'industrie de l'Union implique, dès lors, une altération du libre jeu de la concurrence quant aux prix et aux quantités.

440. Puisque c'est le niveau bas du prix en dumping qui suscite l'intervention antidumping et que l'engagement porte sur les prix, *a priori* il en résulte nécessairement une hausse des prix. Mérite néanmoins d'être évaluée la question d'une éventuelle disparition par le bas de la discrimination tarifaire en cause. Le prix révisé ne serait pas le prix à l'exportation mais le prix domestique sur le marché du pays tiers exportateur¹⁵⁹⁴. Puisque le Code et le règlement de base stipulent que l'engagement doit être de « réviser [ses] prix » – ou « [de] ne plus exporter [...] à des prix de dumping »¹⁵⁹⁵ –, à première vue le droit de l'OMC n'exclut pas la possibilité d'engagements de baisse des prix sur le marché du pays exportateur¹⁵⁹⁶. Or de tels engagements réduiraient considérablement l'incidence néfaste sur la concurrence dans le pays importateur, sans toutefois résoudre les problèmes de son industrie. Une telle interprétation des règles antidumping multilatérales doit cependant être écartée. En effet, le Code précise – et à sa suite le règlement de base également – que « les

¹⁵⁹³ Homonymie en langue française, puisque les deux législations antitrust et antidumping utilisent dans cette langue le mot *engagements*. Mais pas homonymie en langue anglaise, puisqu'en matière antitrust le mot *commitments* a été choisi alors que celui d'*undertakings* était, antérieurement, déjà utilisé par le Code antidumping et le règlement antidumping de base. Il est vrai qu'en matière de concurrence le mot anglais *undertakings* signifie *entreprises* et désigne une notion fondamentale. Il ne pouvait, dès lors, être repris pour désigner les engagements pris par de telles entreprises.

¹⁵⁹⁴ En tout état de cause, une telle baisse du prix domestique ne serait pas envisageable dans les cas où, faute de ventes domestiques, la valeur normale est construite ou fondée sur un prix à l'exportation vers un pays tiers. Dans ces hypothèses, seul un prix à l'exportation peut être augmenté.

¹⁵⁹⁵ Article 8 du Code et article 8 du règlement de base.

¹⁵⁹⁶ Solution qui ne serait en tout état de cause possible qu'en présence d'un prix domestique constaté au cours d'opérations commerciales normales.

augmentations de prix opérées en vertu [des] engagements » ne doivent pas dépasser la marge de dumping. En utilisant le mot *augmentation* et en plafonnant l'engagement antidumping, le Code désigne le sens immuable de la variation tarifaire proposée et acceptée. La législation européenne ajoute que de telles hausses doivent être moindres que la marge de dumping si, ainsi réduites, elles suffisent à éliminer le préjudice, appliquant ainsi la règle dite du *droit moindre*, que le Code encourage sans l'imposer¹⁵⁹⁷. Par ailleurs, ce sont les exportateurs qui *révisent* les prix, ce qui induit que la modification porte sur les prix à l'exportation et non sur les prix domestiques. Dès lors, l'objet de l'*engagement en matière de prix* est de niveler par le haut la discrimination de prix, en excluant tout nivellement par le bas. Un tel résultat est davantage protecteur de l'industrie du pays importateur que bénéfique à la concurrence et, notamment, aux utilisateurs et consommateurs du produit considéré dans ce pays.

2° **Des restrictions moindres que celles engendrées par les droits antidumping**

441. Le premier indicateur de l'incidence restrictive moindre des engagements en matière de prix (par comparaison aux droits antidumping) résulte de la faveur partielle du Code et du droit de l'Union pour ce type de mesure. Par définition, l'imposition d'un droit moindre que celui équivalent à la marge de dumping constitue une solution moins restrictive de concurrence que l'imposition d'un droit égal à une telle marge. Or, les engagements en matière de prix constituent, avec ces droits moindres, l'une des « *solutions constructives* » dont l'article 15 du Code¹⁵⁹⁸ exige l'exploration préalable à l'imposition de droits définitifs¹⁵⁹⁹, dans les cas

¹⁵⁹⁷ Article 8.1 : « *Il est souhaitable que les augmentations de prix soient moindres que la marge de dumping si de telles augmentations suffisent à faire disparaître le dommage causé à la branche de production nationale* ».

¹⁵⁹⁸ Selon l'interprétation de la notion de *solutions constructives* par le Groupe spécial *Communautés européennes – droits antidumping sur les importations de linge de lit en coton en provenance d'Inde* (ci-après « *CE – linge de lit* »), 30 octobre 2000, WT/DS141/R (paragraphe 6.229), et par le Groupe spécial *Communautés européennes – droits antidumping sur les accessoires de tuyauterie en fonte malléable en provenance du Brésil*, 7 mars 2003, WT/DS219/R (paragraphe 7.73 et 7.79). En revanche, une décision de ne pas imposer de droit antidumping du tout n'est pas une « *solution* » de quelque type que ce soit, *constructive ou autre* » (Groupe spécial *CE – Linge de lit*, préc. (paragraphe 6.228). Par ailleurs, ne constitue pas une *solution* la possibilité de recourir à différents choix de méthodologie pour la détermination d'une situation de dumping préjudiciable : Groupe spécial *États-Unis – Mesures antidumping et compensatoires appliquées aux tôles en acier en provenance de l'Inde*, 28 juin 2002, WT/DS206/R (paragraphe 7.112).

¹⁵⁹⁹ Avant l'imposition de droits définitifs, et non pas avant l'imposition de droits provisoires, ainsi que l'a indiqué le rapport du Groupe spécial *CE – Linge de lit*, préc. (paragraphe 6.231 et 6.232) et

d'importations en dumping de « *pays en développement* »¹⁶⁰⁰, lorsque de tels droits « *porteraient atteinte aux intérêts essentiels* » de ces pays¹⁶⁰¹. Cette exploration doit « *être activement entreprise par les autorités du pays développé avec une volonté de parvenir à un résultat positif* », même si elle peut aboutir, dans le cas considéré, à la conclusion qu'aucune possibilité n'existe, ou qu'aucune solution constructive n'est possible¹⁶⁰².

Dans l'Union, l'effet restrictif atténué des engagements, que postule ainsi le droit de l'OMC, est concrètement renforcé par l'application de la règle du *droit moindre* à ce type de mesures. La Commission accepte des engagements qui prévoient des augmentations de prix moindres que la marge de dumping dès lors qu'elles suffisent à éliminer le préjudice¹⁶⁰³.

l'a confirmé le rapport du Groupe spécial *CE – Accessoires de tuyauterie en fonte*, préc. (paragraphe 7.82).

¹⁶⁰⁰ Au sens qu'a ce terme en droit de l'OMC : il est expliqué sur le site de l'OMC qu' « *il n'existe pas de définition des pays "développés" et des pays "en développement" à l'OMC. Les Membres annoncent eux-mêmes qu'ils font partie des pays "développés" ou "en développement". Cependant, les autres Membres peuvent contester la décision, prise par un Membre, de recourir aux dispositions prévues en faveur des pays en développement* » (http://www.wto.org/french/tratop_f/devel_f/d1who_f.htm).

¹⁶⁰¹ Certains accords conclus par la Communauté avec des pays tiers font écho à cette obligation. En Afrique : Accord de partenariat économique entre les États du Cariforum, d'une part, et la Communauté européenne et ses États membres, d'autre part, *JOUE* L 289/I, 30 octobre 2008, p. 3 (article 23, paragraphe 2) ; Accord d'étape vers un accord de partenariat économique entre la Communauté européenne et ses États membres, d'une part, et la partie Afrique centrale, d'autre part, *JOUE* L 57, 28 février 2009, p. 2 (article 29, paragraphe 2) ; Accord de partenariat économique d'étape entre la Côte d'Ivoire, d'une part, et la Communauté européenne et ses États membres, d'autre part, *JOUE* L 59, 3 mars 2009, p. 3 (article 23, paragraphe 2).

En Europe de l'est : Accord de partenariat et de coopération entre les Communautés européennes et leurs États membres, d'une part, et la Fédération de Russie, d'autre part, *JOCE* L 327, 28 novembre 1997, p. 3 (article 18) ; Accord de partenariat et de coopération entre les Communautés européennes et leurs États membres, d'une part, et l'Ukraine, d'autre part, *JOCE* L 49, 19 février 1998, p. 3 (article 19) ; Accord de partenariat et de coopération entre les Communautés européennes et leurs États membres, d'une part, et la République de Moldova, d'autre part, *JOCE* L 181, 24 juin 1998, p. 3 (article 18).

Dans le reste du monde : Accord de coopération entre la Communauté européenne et la République de l'Inde relatif au partenariat et au développement, *JOCE* L 223, 27 août 1994, p. 24 (article 3, paragraphe 6.2) ; Accord-cadre de coopération entre la Communauté économique européenne et la République fédérative du Brésil, *JOCE* L 262, 1^{er} novembre 1995, p. 54 (article 5, paragraphe 5, alinéa 3).

¹⁶⁰² Rapport du Groupe spécial *CE – linge de lit*, préc. (paragraphe 6.238). Puisque cette obligation d'exploration pèse sur les institutions et non sur les producteurs-exportateurs concernés, elle ne saurait impliquer que des engagements doivent être offerts. En revanche, sans davantage impliquer que les engagements offerts devraient être acceptés, un rejet pur et simple, après avoir été informé du souhait des producteurs du pays en développement concerné d'offrir des engagements, constitue un manquement à cette obligation d'exploration (v. paragraphe 6.233).

¹⁶⁰³ Article 8, paragraphe 1, du règlement de base.

Par ailleurs, le droit de l'Union comporte plusieurs préférences additionnelles spécifiques en faveur des engagements. Depuis la déclaration du Conseil européen d'Essen des 9-10 décembre 1994, la Commission doit préférer les engagements aux droits antidumping dans les procédures concernant des pays d'Europe centrale et orientale¹⁶⁰⁴. Une telle préférence vaut également s'agissant de la Turquie¹⁶⁰⁵. En outre, des accords d'associations conclus avec plusieurs pays prévoient que les mesures antidumping « *qui apportent le moins de perturbations au fonctionnement [de l'accord] doivent être choisies par priorité* », ce qui semble suggérer une priorité en faveur des engagements¹⁶⁰⁶. Enfin, le règlement de base spécifie que, lorsque l'industrie de l'Union est définie sur une base régionale, il convient « *d'accorder la possibilité d'offrir des engagements* » pour la « *zone concernée* »¹⁶⁰⁷. La priorité aux engagements dans ce cas s'explique par l'impossibilité d'appliquer un droit aux

¹⁶⁰⁴ *Déclaration d'Essen*, concernant les PECO associés dans le cadre d'un accord européen (*Rapport du Conseil au Conseil européen (Essen) sur la stratégie de préparation de l'adhésion des PECO associés*, annexe IV des *Conclusions de la présidence*, Conseil européen, réunion des 9 et 10 décembre 1994 à Essen (Bull. UE 12/1994)). La Commission y indique qu'elle accordera « *clairement la préférence, suivant le cas et lorsque cela est approprié, à des engagements de prix plutôt qu'à des droits pour clore l'affaire antidumping en cas de préjudice dûment constaté* ». V. également, Comm. eur., *Dixième rapport annuel au Parlement européen sur les activités antidumping et antisubventions de la Communauté (1991)*, SEC(92) 716 final (p. 25) : à propos des accords avec la Hongrie, la Pologne et la Tchécoslovaquie, la Commission explique qu'« *il est prévu que s'il n'a pas été mis fin au dumping ou si une solution satisfaisante n'a pas été atteinte (c'est-à-dire si aucun engagement satisfaisant n'a été offert) dans les 30 jours après la notification de l'affaire au conseil d'association, la partie importatrice peut adopter les mesures appropriées* ». Cette préférence reste aujourd'hui appliquée, bien que son champ d'application ait été réduit par l'adhésion d'un grand nombre de ces PECO.

¹⁶⁰⁵ *Déclaration de la Communauté relative à l'article 44*, jointe à la décision n° 1/95 du Conseil d'association CE-Turquie, du 22 décembre 1995, relative à la mise en place de la phase définitive de l'union douanière, *JOCE* L 35, 13 février 1996, p. 1 : « *la Communauté accordera, le cas échéant et au cas par cas, une nette préférence aux engagements de prix sur l'institution de droits pour clôturer une procédure antidumping lorsqu'un préjudice a été établi* » (ici p. 17).

¹⁶⁰⁶ V. : Accord euro-méditerranéen établissant une association entre les Communautés européennes et leurs États membres, d'une part, et l'État d'Israël, d'autre part, *JOCE* L 147, 21 juin 2000, p. 3, article 25, paragraphe 2 ; Accord euro-méditerranéen établissant une association entre la Communauté européenne et ses États membres, d'une part, et la République tunisienne, d'autre part, *JOCE* L 97, 30 mars 1998, p. 2, article 27, paragraphe 2 ; Accord euro-méditerranéen établissant une association entre la Communauté européenne et ses États membres, d'une part, et le Royaume du Maroc, d'autre part, *JOCE* L 70, 18 mars 2000, p. 2, article 27, paragraphe 2 ; Accord euro-méditerranéen établissant une association entre les Communautés européennes et leurs États membres, d'une part, et le Royaume hachémite de Jordanie, d'autre part, *JOCE* L 129, 15 mai 2002, p. 3, article 26, paragraphe 2 ; Accord euro-méditerranéen établissant une association entre les Communautés européennes et leurs États membres, d'une part, et le République Algérienne démocratique et populaire, d'autre part, *JOUE* L 265, 10 octobre 2005, p. 2, article 26, paragraphe 2 ; Accord d'association euro-méditerranéen intérimaire relatif aux échanges et à la coopération entre la Communauté européenne, d'une part, et l'Organisation de libération de la Palestine (OLP), agissant pour le compte de l'Autorité palestinienne de la Cisjordanie et de la bande de Gaza, d'autre part, *JOCE* L 187, 16 juillet 1997, p. 3, article 23, paragraphe 2.

¹⁶⁰⁷ Article 4, paragraphe 3, du règlement de base, transposant l'article 4.2 du Code antidumping.

seules importations à destination de la région concernée : le droit s'appliquant à l'ensemble de la Communauté, il a pour effet de protéger également le reste de l'industrie de l'Union, alors qu'elle n'a pas demandé une telle protection¹⁶⁰⁸.

442. Le second indicateur de la nocivité moindre des engagements pour la concurrence est lié à l'identité des bénéficiaires de leurs conséquences pécuniaires. En visant une hausse des prix des produits concernés, les engagements ont, à l'instar des droits antidumping, pour finalité l'élimination du préjudice causé à l'industrie de l'Union. Mais à la différence des droits qui génèrent des augmentations de prix abondant le budget de l'Union, les hausses de prix provoquées par la mise en œuvre des engagements profitent aux producteurs et/ou aux exportateurs. Ceci peut compenser la réduction des volumes exportés généralement engendrée par l'action antidumping. Ainsi les engagements sont-ils favorables aux producteurs-exportateurs des pays tiers, tout en protégeant l'industrie domestique du pays importateur, puisque l'augmentation de prix fait disparaître, sinon le dumping (si elle égale la marge de dumping), du moins le préjudice (lorsqu'elle est équivalente à la marge de préjudice, inférieure à la marge de dumping). Les engagements apparaissent ainsi davantage conformes à l'esprit du GATT, l'objectif de l'action antidumping étant d'éliminer le préjudice subi par l'industrie domestique et non de pénaliser les exportateurs pour leurs comportements tarifaires passés¹⁶⁰⁹.

Lorsque la hausse atteint la marge de dumping, une autre différence entre engagement et droit antidumping apparaît : le premier conduit alors à une disparition de la discrimination de prix, ce que ne provoque pas le second¹⁶¹⁰.

¹⁶⁰⁸ V. décision n° 94/293/CE de la Commission, du 13 avril 1994, préc. (affaire du nitrate d'ammonium de Lituanie et de Russie) ; paragraphes 95, 112 et 115-116.

¹⁶⁰⁹ V., à cet égard, Hans-F. BESELER et A. Neville WILLIAMS, *Antidumping and Anti-Subsidy Law: The European Communities*, Londres, Sweet & Maxwell, 1986, 438 p. ; spéc. p. 212-213. Cet objectif est souligné par la Commission dans le *Neuvième rapport annuel sur les activités antidumping et antisubventions de la Commission (1990)*, SEC(91) 974 final, 31 mai 1991, 66 p. ; spéc. p. 4. La Cour de justice a également souligné le caractère non punitif des mesures antidumping : « *l'institution des droits antidumping ne constitue pas une sanction d'un comportement antérieur mais une mesure de défense et de protection contre la concurrence déloyale résultant des pratiques de dumping* » (CJCE, 3 octobre 2000, *Industrie des poudres sphériques (IPS) c/ Conseil*, aff. C-458/98 P, *Rec.* p. I-8147, pt 91, repris par TPICE, 14 novembre 2006, *Nanjing Metalink International Co. Ltd c/ Conseil*, aff. T-138/02, *Rec.* p. II-4347, pt 60).

¹⁶¹⁰ Cette disparition doit résulter d'un engagement proposé par le producteur-exportateur et accepté par la Commission. La disparition spontanée ne fait pas obstacle à ce que la procédure antidumping soit menée à son terme et qu'un droit définitif soit institué, mais elle peut conduire à un réexamen ou

443. Nonobstant les avantages présentés par les engagements de prix en termes d'incidence sur la concurrence, ils demeurent une mesure antidumping secondaire par rapport aux droits. Non seulement leur acceptation s'accompagne de la mise en place d'un droit résiduel pour couvrir les hypothèses de violation et de retrait des engagements¹⁶¹¹. Mais, surtout, leur nombre est relativement faible : entre 2000 et 2010, les procédures dans lesquelles des engagements étaient en vigueur représentaient entre 10 et 30% des procédures dans lesquelles des droits étaient appliqués¹⁶¹².

B. Des liaisons dangereuses entre engagements antidumping et ententes de prix

444. Outre les effets restrictifs qu'ils engendrent, les engagements en matière de prix sont préoccupants pour le libre jeu de la concurrence en raison des *liaisons dangereuses* qu'ils entretiennent avec les ententes de prix proscrites par le droit antitrust. En premier lieu, la mise en place d'engagements de prix constituerait un substitut légal à la conclusion d'ententes tarifaires illicites. L'altération concurrentielle provoquée par les engagements remplacerait celle qui résulterait de telles ententes (1°). En second lieu, les engagements favoriseraient l'adoption de comportements anticoncurrentiels (2°).

1° Une altération de concurrence équivalente à celle d'une entente de prix illicite

445. En constituant un substitut légal à d'illicites concertations sur les prix entre producteurs de l'Union et exportateurs de pays tiers, les engagements antidumping prendraient la place de telles ententes interdites par les règles antitrust. Des restrictions de concurrence seraient ainsi évitées. Une telle affirmation s'appuie sur l'observation du processus conduisant à l'acceptation, puis à l'application des

à la restitution des droits perçus sur les importations de l'entreprise concernée : CJCE, 7 mai 1987, *NTN Toyo Bearing Company Ltd c/ Conseil*, aff. 240/84, *Rec.* p. 1809 (pts 26-27).

¹⁶¹¹ Article 8, paragraphe 9, du règlement de base.

¹⁶¹² Les procédures sont comptées par pays et par produits concernés, ce qui correspond à la pratique de la Commission dans ses rapports annuels. Ces pourcentages ont été calculés par nous à partir des données contenues dans ses rapports.

engagements de prix. Un engagement constitue une mesure de défense commerciale lorsque la Commission accepte, par une décision, l'offre individuelle d'un exportateur soupçonné de dumping (ou les offres individuelles de plusieurs entreprises dans la même situation) proposant d'augmenter les prix de ses (de leurs) exportations vers l'Union. L'engagement doit être proposé à la Commission et accepté par elle. Il ne saurait prendre la forme d'un accord entre producteurs de l'Union et exportateurs de pays tiers. Un tel accord tomberait sous le coup du droit antitrust de l'Union, quand bien même sa finalité, prétendue ou réelle, serait de prévenir le dumping¹⁶¹³, autrement dit de rétablir une concurrence loyale dans l'Union. Et le bénéfice de l'exception prévue au paragraphe 3 de l'article 101 TFUE serait très improbable. Dans l'affaire des *règles IFTRA* prétendument adoptées par les entreprises concernées pour prévenir des actions concurrentielles déloyales ou malsaines, et notamment le dumping, la Commission indiqua que « *le fait de qualifier un accord entre entreprises de règles contre la concurrence déloyale ne suffit pas à le faire sortir du champ d'application de l'article 85, paragraphe 1* », et refusa d'accorder une exemption aux règles en cause¹⁶¹⁴.

Dès lors que plus d'un exportateur présente une telle offre, juridiquement, l'opération peut être décrite comme une série d'actes unilatéraux de la part des producteurs-exportateurs concernés, adressés à la Commission pour acceptation. Cependant, en pratique, afin qu'un engagement soit applicable et adéquat, la Commission doit s'assurer que les augmentations individuelles de prix proposées sont plus ou moins cohérentes et que l'industrie de l'Union choisira d'augmenter ou, au moins, de maintenir ses prix en vigueur plutôt que de sous-coter les nouveaux prix des producteurs-exportateurs. Ainsi peut-on voir la Commission comme un intermédiaire par lequel les exportateurs et les producteurs européens harmonisent le niveau de leurs prix¹⁶¹⁵, sans recourir à une concertation qui serait illicite. Par suite les

¹⁶¹³ Hans-F. BESELER et A. Neville WILLIAMS, *Antidumping and Anti-Subsidy Law : The European Communities, op. cit.*; spéc. p. 214.

¹⁶¹⁴ Décision n° 75/497/CEE de la Commission, du 15 juillet 1975 relative à une procédure au titre de l'article 85 du traité CEE (IV/27.000 – *règles IFTRA pour les producteurs d'aluminium brut*), JOCE L 228, 29 août 1975, p. 3. V., également, décision n° 85/206/CEE de la Commission, du 19 décembre 1984, relative à une procédure d'application de l'article 85 du traité CEE (IV/26.870 – *Importations d'aluminium d'Europe de l'Est*), JOCE L 92, 30 mars 1985, p. 1.

¹⁶¹⁵ V., pour cette description du « mécanisme » des engagements, Ivo VAN BAEL et Jean-François BELLIS, *EU Anti-Dumping and Other Trade Defence Instrument*, 5^{ème} éd., *op. cit.* ; spéc. p. 433-434.

engagements de prix constitueraient, dans une certaine mesure, une alternative légale aux ententes sur les prix¹⁶¹⁶.

2° Une mesure antidumping susceptible de favoriser les ententes illicites

446. L'éventualité qu'un engagement puisse favoriser des pratiques anticoncurrentielles est admise par les institutions de l'Union. Ainsi, depuis 1994, le législateur souligne-t-il dans le préambule des règlements de base successifs qu' « *il convient de veiller, lors de l'acceptation d'engagements, à ce que les engagements proposés et leur application n'aboutissent pas à un comportement anticoncurrentiel* »¹⁶¹⁷. Dans une résolution de 1990, le Parlement européen avait demandé que le rapport annuel sur la politique antidumping porte, « *en particulier, sur les aspects antitrust des engagements de prix* »¹⁶¹⁸. Faisant suite à cette requête dès son rapport annuel pour 1990, la Commission expliquait, en réponse à l'allégation selon laquelle « *les engagements peuvent favoriser la collusion entre les exportateurs et/ou des plaignants étrangers* », qu'elle « *s'efforce d'éviter une [...] exploitation abusive des acceptations* » d'engagements¹⁶¹⁹. Elle y reconnaissait qu'il est reproché à la politique de la Communauté consistant « *à accepter des engagements de prix pour régler les problèmes de dumping préjudiciable* », le fait que « *les engagements peuvent favoriser la collusion entre des exportateurs et/ou des plaignants étrangers, qui appliqueront ainsi des prix plus élevés que la normale. Cette collusion peut se présenter sous la forme soit d'un cartel d'exportation, soit d'un alignement des prix pratiqués par les producteurs communautaires sur les niveaux de l'engagement* ». Afin d'« *éviter une telle exploitation abusive des acceptations* » d'engagements, elle

¹⁶¹⁶ Klaus STEGEMANN, « EC Anti-Dumping Policy: Are Price Undertakings a Legal Substitute for Illegal Price Fixing ? », *Weltwirtschaftliches Archiv-Review of World Economics*, 1990, vol. 2, p. 268-298.

¹⁶¹⁷ Considérant n° 15 du préambule de l'éphémère règlement de base de 1994 (règlement (CE) n° 3283/94, du Conseil, du 22 décembre 1994, relatif à la défense contre les importations qui font l'objet d'un dumping de la part de pays non membres de la Communauté européenne, *JOCE* L 349, 31 décembre 1994, p. 1) ; puis considérant n° 15 du préambule du règlement de base n° 384/96, et désormais considérant n° 14 du préambule de l'actuel règlement de base n° 1225/2009 (codifiant le règlement n° 384/96 tel que modifié).

¹⁶¹⁸ Parlement européen, *Résolution sur la politique antidumping de la Communauté européenne*, 14 décembre 1990, *JOCE* C 19, 28 janvier 1991, p. 633 (paragraphe 18). Dans cette résolution, le Parlement réitérait sa demande faite à la Commission qu'elle fasse annuellement rapport sur la politique antidumping, exprimée pour la première fois dans sa *Résolution sur les actions anti-« dumping » de la Communauté*, du 16 décembre 1981, *JOCE* C 11, 18 janvier 1982, p. 37.

¹⁶¹⁹ Comm. eur., *Neuvième rapport annuel sur les activités antidumping et antisubventions de la Commission (1990)*, SEC(91) 974 final, 31 mai 1991, 66 p. ; ici p. 5.

indiquait mettre en œuvre des pratiques préventives. D'une part, les prix faisant l'objet de l'engagement sont fixés individuellement pour chaque exportateur « *en fonction de sa marge de dumping et de sa contribution au préjudice* ». D'autre part, le contenu des engagements « *est toujours traité sur des bases strictement confidentielles et n'est jamais communiqué aux plaignants ou à d'autres parties intéressées* », car leur divulgation pourrait constituer un avantage pour les concurrents des exportateurs concernés – en augmentant la transparence du marché et en réduisant le degré d'incertitude sur le fonctionnement du marché. Le contenu des engagements n'est jamais divulgué au public¹⁶²⁰, seule une version non-confidentielle étant accessible uniquement pour les parties intéressées¹⁶²¹ et la décision d'acceptation publiée au Journal officiel ne contenant aucun détail à cet égard. Nonobstant, il arrive que les concurrents européens aient connaissance des prix minimums convenus dans les engagements¹⁶²². Le secret qui entoure les engagements antidumping contraste singulièrement avec la relative publicité faite en matière d'engagements antitrust¹⁶²³.

Dans son rapport annuel sur les activités antidumping en 1990, la Commission estimait que la cartellisation serait difficile en raison de la concurrence persistante des producteurs communautaires et d'autres exportateurs non contraints d'augmenter

¹⁶²⁰ Les niveaux des prix convenus dans les engagements ne sont donc pas rendus publics.

¹⁶²¹ Cette obligation pour les exportateurs offrant un engagement d'en fournir une version non confidentielle qui puisse être communiquée aux parties concernées a été introduite dans la législation antidumping en 1994 : v. article 8, paragraphe 4, du règlement (CE) n° 3283/94 ; désormais article 8, paragraphe 4, du règlement (CE) n° 1225/09. Pour rejeter les demandes de parties intéressées (acheteurs et concurrents des sociétés ayant proposé un engagement) d'avoir accès aux informations concernant les termes de l'engagement, la Commission invoque « *le risque de manipulation des prix et de distorsion du marché* » (v. décision d'exécution de la Commission n° 2013/707/UE, du 4 décembre 2013, préc. (affaire des modules photovoltaïques chinois), paragraphe 14). Mais l'équilibre à atteindre entre l'obligation de confidentialité et les droits de la défense peut conduire à divulguer aux parties intéressées « *une approximation du prix minimal à l'importation* » (*ibid.*, paragraphe 13).

¹⁶²² Ainsi, dans sa décision *ICI* (décision n° 91/300/CEE de la Commission (IV/33.133-D : *Carbonate de soude – ICI*), préc.), la Commission remarquait : « *Les engagements offerts par Allied et TGI en août 1984 et acceptés par la Commission [Règlement (CEE) n° 2253/84 de la Commission] n'ont pas été publiés, mais ICI savait bien que le prix minimal prévu dans l'engagement était de 112,26 livres sterling départ entrepôt* » (paragraphe 10).

¹⁶²³ Un résumé succinct de l'affaire, et le principal contenu des engagements offerts par les entreprises concernées afin de répondre aux préoccupations de la Commission en matière de concurrence, sont publiés au Journal officiel, « *l'intérêt légitime des entreprises à la protection de leurs secrets d'affaires* » étant pris en compte (article 27, paragraphe 4, du règlement (CE) n° 1/2003 du Conseil, préc. ; les engagements sont publiés sur le site internet de la direction générale de la concurrence). Et les parties intéressées sont invitées à présenter leurs observations. Par ailleurs, un résumé de la décision rendant obligatoire les engagements, est également publié au Journal officiel, en tenant « *compte de l'intérêt légitime des entreprises à ce que leurs secrets d'affaires ne soient pas divulgués* » (article 30 du règlement (CE) n° 1/2003 du Conseil, préc.), une version non confidentielle de la décision étant disponible sur le site internet de la direction générale de la concurrence.

leurs prix¹⁶²⁴. Enfin, elle soulignait que « *l'existence d'une telle exploitation abusive [cartel d'exportation ou alignement des producteurs communautaires sur les niveaux des engagements] n'a jamais pu être établie de manière tangible* »¹⁶²⁵. Des praticiens de l'instrument antidumping ont récemment confirmé et actualisé cette conclusion. Rapportant l'absence d'affaire antitrust relative à la négociation d'un engagement de prix, ils en proposent comme explication le fait que les normes antitrust et des règles antidumping sont mises en œuvre par une seule et même institution¹⁶²⁶.

447. Nonobstant, la Commission tient compte de la situation concurrentielle et de la structure du marché concerné, ainsi que des effets que ces engagements pourraient avoir à leur égard, avant de prendre position sur les engagements proposés. Ainsi a-t-elle refusé d'accepter des engagements de prix dans l'affaire de la *glycine du Japon* où, « *sur un marché où seulement un nombre limité de sociétés [étaient] en concurrence* » (trois concurrents), « *un alignement des prix découlant d'engagements de prix du type de ceux offerts par les [deux] sociétés japonaises, c'est-à-dire consistant à respecter un même prix minimal, aboutirait à diminuer la concurrence* », résultat que l'institution d'un droit antidumping unique risquerait moins de produire¹⁶²⁷. De même dans l'affaire des *polymères polysulfurés des États-Unis* a-t-elle préféré ne pas avaliser des engagements qu'elle estimait « *inappropriés compte tenu de la structure duopolistique du marché* »¹⁶²⁸.

*

448. Les restrictions de concurrence liées à l'action antidumping sont, en premier lieu, celles qui, engendrées par les droits et les engagements, constituent la *conséquence naturelle* sur le libre jeu concurrentiel de ces instruments de protection de la concurrence loyale. La plupart sont réelles : hausses des prix, diminutions des volumes de produits importés. D'autres sont potentielles : risques de collusions

¹⁶²⁴ Comm. eur., *Neuvième rapport annuel sur les activités antidumping et antisubventions de la Commission (1990)*, préc.

¹⁶²⁵ *Ibid.* ; ici p. 5.

¹⁶²⁶ Ivo VAN BAEL et Jean-François BELLIS, *EU Anti-Dumping and Other Trade Defence Instrument*, 5^{ème} éd., *op. cit.* ; spéc. p. 434.

¹⁶²⁷ Règlement (CEE) n° 2322/85 du Conseil du 12 août 1985 instituant un droit antidumping définitif sur les importations de glycine originaire du Japon, *JOCE* L 218, 15 août 1985, p. 1 (paragraphe 22).

¹⁶²⁸ Règlement (CE) n° 1965/98 du Conseil, du 9 septembre 1998, instituant un droit antidumping définitif sur les importations de polymères polysulfurés originaires des États-Unis d'Amérique et portant perception définitive du droit provisoire, *JOCE* L 255, 19 septembre 1998, p. 1 (paragraphe 56).

favorisées par les engagements ou d'exploitations abusives de la procédure d'engagements. Présentés comme l'une des caractéristiques des engagements de prix, ces risques¹⁶²⁹ nés des liaisons dangereuses entre engagements et ententes de prix, lorsqu'ils se concrétisent, donnent lieu à des restrictions qui ne constituent pas un aspect de l'un des remèdes au dumping, mais l'une des incidences anticoncurrentielles collatérales de l'action antidumping. L'épilogue de cette première section introduit ainsi les développements à suivre sur la seconde catégorie des restrictions de concurrence liées à l'action antidumping.

Section 2 – Les restrictions de concurrence collatérales à l'action antidumping

449. Aux incidences nocives pour le libre jeu de la concurrence résultant de la réaction institutionnelle contre le dumping s'ajoutent des pratiques collatérales à la mise en œuvre de la législation antidumping aux répercussions concurrentielles néfastes. L'identification de ces restrictions collatérales requiert, au préalable, la formulation de quelques observations.

D'une part, certaines interventions d'entreprises prévues par la législation antidumping à certaines étapes des procédures antidumping pourraient, sans le *parapluie législatif* que cette législation leur offre, être qualifiées de collusions illicites ou d'abus de position dominante. Elles doivent être reconnues comme licites nonobstant leur similitude apparente avec des comportements anticoncurrentiels, sauf lorsqu'elles vont au-delà de ce qui est nécessaire à la conduite normale de la procédure antidumping. Elles en sont alors détachables et constituent des conséquences indésirables qui s'écartent des résultats acceptables d'une procédure en elle-même légitime. Elles doivent, par conséquent, être sanctionnées à défaut de pouvoir être empêchées.

D'autre part, des actions clairement parasitaires à la mise en œuvre du règlement de base, insusceptibles de bénéficier d'une licéité législative, peuvent être constatées. La procédure antidumping fait intervenir à de nombreux stades des personnes privées. Parfois, leurs interventions constituent ou abritent des pratiques anticoncurrentielles.

¹⁶²⁹ S'ajoutant à la réduction de concurrence découlant des mesures elles-mêmes.

Elles sont parasitaires car elles ne participent aucunement à la bonne marche de la procédure antidumping. Se greffant à celle-ci sans lui être bénéfique du point de vue de l'efficacité administrative, elles doivent également être prévenues et, à défaut, sanctionnées.

450. Au risque antidumping pour le libre jeu de la concurrence que constituent les interventions administratives des institutions compétentes – principalement sous forme d'adoption de mesures antidumping, mais aussi dès le stade de l'ouverture d'une procédure –, s'ajoute un second risque résultant de restrictions de concurrence collatérales à l'action antidumping, dont les engagements offrent un cadre, comme indiqué précédemment¹⁶³⁰. Ces restrictions collatérales privées et publiques peuvent être identifiées au stade de l'engagement d'une procédure antidumping (§ I.) puis, ultérieurement, au niveau du résultat escompté de l'action antidumping (§ II.)¹⁶³¹.

§ I. Les restrictions collatérales liées à l'engagement d'une procédure antidumping

451. L'ouverture d'une procédure antidumping résulte presque toujours du dépôt d'une plainte par l'industrie de l'Union productrice du produit similaire à celui prétendument importé en dumping. Or l'accomplissement de cette étape initiale implique une certaine concertation entre les plaignantes, entreprises membres de cette

¹⁶³⁰ *Supra* n° 444 et s.

¹⁶³¹ Dans une recommandation de 1986, l'OCDE soulignait qu'« [I]l faudrait veiller à ce que les procédures prévues par les lois relatives aux pratiques commerciales déloyales, en particulier celles intentées par des entreprises, ne soient pas détournées à des fins anticoncurrentielles » (OCDE, *Recommandation du Conseil relative à la coopération entre pays Membres dans les domaines de conflit potentiel entre politique de la concurrence et politique commerciale*, 23 octobre 1986 (C(86)65(final)), point 5).

Dans la doctrine américaine, très tôt furent envisagées les opportunités d'infractions antitrust collatérales à l'application de la législation, notamment à l'occasion des plaintes et comme alternatives aux mesures antidumping : v., en particulier, sur cette question, Jon PAUGH, « Antitrust Principles and U.S. Trade Laws: A Review of Current Areas of Conflict », *Law & Pol'y Int'l Bus.*, vol. 12, 1980, p. 545-610, à propos de la situation aux États-Unis, s'agissant des dépôts de plaintes, il évoque l'application de la doctrine *Noerr-Pennington* (immunité antitrust pour les réunions de personnes en vue d'influencer les pouvoirs exécutif ou législatif) et de son exception (utilisation abusive de cette liberté d'influencer les autorités publiques dans le seul but d'interférer avec les activités d'un concurrent) ; il rapporte des cas de collusions entre l'industrie américaine et ses concurrents étrangers suite à l'échec de leurs plaintes antidumping ; l'hypothèse de retrait unilatéral de plainte masquant une collusion ; les questions liées à la réunion des informations nécessaires au dépôt d'une plainte. V., également, Joe SIMS et Edith E. SCOTT, « Antitrust Consequences to Private Parties of Participation in and Settlement of Selected Trade Actions », *Antitrust L. J.*, vol. 56, n° 2, 1987, p. 561-599 ; également, à propos des plaintes : Terry CALVANI, « Non-Price Predation: A New Antitrust Horizon », *Antitrust L. J.*, vol. 54, n° 2, 1985, p. 409-413.

industrie victime. En outre, lorsque la plainte émane d'une entreprise dominante, la qualification d'une telle démarche d'exploitation abusive de position dominante peut être envisagée. Ainsi, des actions en lien avec le dépôt d'une plainte peuvent s'apparenter à des pratiques anticoncurrentielles et, dans des circonstances tout à fait exceptionnelles, constituer de telles infractions restrictives de concurrence (**A.**). Par ailleurs, dans les cas de plaintes collectives (les plus fréquents)¹⁶³², la réunion des renseignements à fournir à la Commission soulève la question d'éventuels échanges d'informations anticoncurrentiels (**B.**).

A. Les actions potentiellement anticoncurrentielles liées à l'introduction d'une plainte

452. Aux fins de l'analyse de l'incidence concurrentielle du dépôt d'une plainte antidumping, deux types d'actions conduites par les entreprises membres de l'industrie de l'Union à l'occasion de l'introduction d'une plainte peuvent être distinguées : celles intrinsèques à cette introduction de plainte qui, envisagées par la législation antidumping, sont en principe licites (**1°**), et celles extrinsèques à cette étape procédurale qui, adoptées dans son cadre mais néanmoins détachables, sont généralement illicites (**2°**).

1° Les actions licites intrinsèques au dépôt d'une plainte

453. Plusieurs caractéristiques du déclenchement d'une procédure antidumping font de cette étape initiale un événement propice à des restrictions au libre jeu de la concurrence.

La première de ces caractéristiques concerne l'identité des personnes habilitées à déposer une plainte. Seule l'industrie de l'Union, constituée de producteurs européens du produit similaire à celui soupçonné faire l'objet de dumping, jouit d'une telle

¹⁶³² Une plainte déposée par une association d'entreprises n'est pas considérée comme individuelle. Une plainte ne peut être individuelle, *i.e.* déposée par un seul producteur européen du produit similaire à celui dont les importations sont soupçonnées d'être effectuées en dumping, que si ce producteur représente, à lui seul, une *majeure partie* de la production européenne (normalement plus de 50% et en tout état de cause plus de 25% : v. article 5, paragraphe 4, du règlement de base, et *infra* n° 455).

faculté¹⁶³³, à l'exclusion de toute autre personne, telle que les fournisseurs de l'industrie de l'Union, les entreprises utilisatrices du produit concernés, les importateurs de produits originaires d'un autre pays que celui d'origine des importations en dumping et les consommateurs. Un producteur ne peut, individuellement, déposer une plainte antidumping, sauf à constituer à lui seul l'industrie de l'Union. Si la plainte satisfait aux conditions requises par le règlement de base, elle pourra conduire la Commission¹⁶³⁴ à ouvrir une procédure¹⁶³⁵ et, par conséquent, une enquête¹⁶³⁶.

Ce principe d'initiative antidumping privée restreinte connaît une limite : la Commission peut ouvrir une procédure en l'absence de plainte émanant de l'industrie de l'Union « *dans des circonstances spéciales* », à condition d'être « *en possession d'éléments de preuve suffisants de l'existence d'un dumping, d'un préjudice et d'un lien de causalité* »¹⁶³⁷. Ces « *circonstances spéciales* » ne sont pas définies par la législation de base. Mais la Commission a récemment indiqué que l'existence de

¹⁶³³ La plainte peut être présentée par « *toute personne physique ou morale ou toute association n'ayant pas la personnalité juridique, agissant au nom de l'industrie communautaire* » (article 5, paragraphe 1, du règlement de base).

¹⁶³⁴ La plainte est en pratique systématiquement déposée auprès de la Commission bien que le règlement de base prévoit qu'elle puisse être adressée à un État membre qui doit alors la transmettre à la Commission : article 5, paragraphe 1, alinéa 2, du règlement de base ; et v. Ivo VAN BAEL et Jean-François BELLIS, *EU Anti-Dumping and Other Trade Defence Instruments*, 5^{ème} éd., *op. cit.* ; spéc. p. 449.

¹⁶³⁵ La réunion des conditions de recevabilité d'une plainte ne permet pas toujours l'ouverture d'une procédure ; en effet, aucune procédure n'est ouverte lorsque les importations sont trop peu importantes (article 5, paragraphe 7, du règlement de base). Par ailleurs, la plainte peut être retirée avant même l'ouverture de la procédure et, si la Commission peut néanmoins poursuivre en agissant d'office, en pratique le retrait met fin à l'affaire.

¹⁶³⁶ En matière antidumping, l'ouverture d'une procédure implique l'ouverture d'une enquête ; mais l'enquête peut être close sans que la procédure le soit, permettant ainsi à une nouvelle enquête, par exemple de réexamen, d'être ouverte dans le cadre d'une procédure toujours en cours. En matière antitrust, l'enquête de la Commission débute dès la réception d'une plainte, par l'envoi de demandes de renseignement et/ou la sollicitation des observations des personnes visées dans la plainte, et la procédure ne sera formellement ouverte que « *lorsqu'au terme de son évaluation préliminaire* », la Commission « *parvient à la conclusion que l'affaire requiert une enquête plus approfondie et quand la portée de cette enquête est suffisamment définie* » (Comm. eur., *Communication concernant les bonnes pratiques relatives aux procédures d'application des articles 101 et 102 du TFUE*, JOUE C 308, 20 octobre 2011, p. 6, paragraphe 17). Les notions de *procédure* et d'*enquête* sont ainsi très différentes dans les deux législations.

¹⁶³⁷ Paragraphes 1 et 6 de l'article 5 du règlement de base. Ce dernier ne prévoit la fourniture de ces éléments que par les États membres, à l'exclusion de toute autre personne intéressée. Rien n'interdit toutefois à la Commission de tirer ces éléments d'une enquête récente, ou de les obtenir de sources extra-européennes : v. Ivo VAN BAEL et Jean-François BELLIS, *EU Anti-Dumping and Other Trade Defence Instruments*, 5^{ème} éd., *op. cit.* ; spéc. p. 451-452.

menaces de rétorsion à l'encontre des producteurs de l'Union qui envisagent de déposer une plainte pourrait être considérée comme une telle circonstance¹⁶³⁸.

454. Le caractère exceptionnel de l'action d'office, corolaire du quasi-monopole de l'initiative antidumping octroyé à l'industrie de l'Union concernée, constitue un indice du caractère protectionniste de la législation antidumping. L'intérêt d'une industrie européenne à une réduction de la concurrence extra-européenne peut, légitimement, être présumé. Si l'intérêt général de l'Union, et non celui particulier de la seule industrie concernée, était au cœur de la législation antidumping, l'ouverture d'enquêtes *motu proprio* devrait être placée sur un plan d'égalité avec l'ouverture sur plainte¹⁶³⁹, voire mise en avant. En outre, la possibilité de déposer une plainte devrait être partagée avec toutes les parties intéressées, tels les utilisateurs ou consommateurs du produit concerné et/ou leurs associations représentatives, les fournisseurs de l'industrie de l'Union et les importateurs de produits qui ne sont pas à prix de dumping, et non pas réservée aux concurrents européens des producteurs étrangers soupçonnés par eux de dumping. Au moins ces autres parties intéressées, ou leurs associations représentatives, devraient-elles être consultées avant l'ouverture d'une procédure et libres de fournir des informations à la Commission.

Le rôle éminent de l'industrie européenne dans le déclenchement d'une procédure antidumping et l'effacement des promoteurs naturels de la concurrence orientent l'action antidumping vers le protectionnisme et la restriction du libre jeu concurrentiel. Par ailleurs, en pratique, cette première caractéristique de l'initiation d'une procédure n'est pas neutre pour la concurrence en raison de l'effet restrictif

¹⁶³⁸ Soulignant que les menaces de rétorsions – menaces contre les intérêts économiques de l'industrie de l'Union dans le pays exportateur qui serait visé par la plainte envisagée – se font de plus en plus nombreuses et qu'elles dissuadent les entreprises de l'Union de porter plainte, la Commission propose d'utiliser l'ouverture d'office dans de telles situations. Afin qu'elle dispose des éléments de preuve justifiant l'ouverture d'une procédure, la Commission encouragera les producteurs de l'Union à prendre contact avec elle en toute confidentialité. Par ailleurs, afin de pouvoir mener de telles procédures ouvertes d'office, la Commission propose d'introduire dans la législation de base l'obligation pour les producteurs de l'Union de coopérer à ces procédures : sur ces différents aspects, v. Comm. eur., *Communication au Conseil et au Parlement européen relative à la modernisation des instruments de défense commerciale – Adapter les instruments de défense commerciale aux besoins actuels de l'économie européenne*, COM(2013) 191 final, 10 avril 2013 (paragraphe 2.2.1.) et Comm. eur., *Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil modifiant le règlement (CE) n° 1225/2009*, COM(2013) 192 final, 10 avril 2013 (v. p. 3 et 6).

¹⁶³⁹ En 1990, le Parlement européen relevait que la Commission n'a jamais ouvert de procédure de son propre chef (Parl. eur., *Rapport de la Commission des relations économiques extérieures sur la politique antidumping de la Communauté européenne*, document de séance A3-03336/90, 30 novembre 1990, p. 11).

inhérent au simple dépôt d'une plainte, la perspective ainsi ouverte de l'adoption de mesures provisoires puis définitives affectant nécessairement les importations accusées d'être effectuées en dumping.

455. La seconde caractéristique du dépôt de plaintes qui contribue à en faire un événement propice à des restrictions de concurrence concerne la part de marché requise du ou des auteurs de la plainte. Pour être recevable¹⁶⁴⁰, la plainte doit émaner de l'ensemble des producteurs européens ou d'une « *proportion majeure* »¹⁶⁴¹ de la production de l'Union concernée. Dans ce second cas, cette proportion est vérifiée lorsque la plainte est « *soutenue par des producteurs communautaires dont les productions additionnées constituent plus de 50 % de la production totale du produit similaire par la partie de l'industrie communautaire exprimant son soutien ou son opposition à la plainte* », sachant que cette « *partie [...] exprimant son soutien* » doit représenter au moins 25% de cette « *production totale* »¹⁶⁴². Toute plainte présentée par des producteurs (ou en leur nom) non représentatifs de l'industrie concernée au sens de ces deux seuils, l'un relatif, l'autre absolu, est irrecevable. En exigeant que s'engagent dans la plainte des producteurs représentant collectivement une telle part de marché, la législation antidumping implique nécessairement une certaine coopération entre plusieurs entreprises européennes concurrentes, en vue de déterminer le degré de soutien ou d'opposition à la plainte envisagée – sauf dans le cas d'un seul producteur représentant, à lui seul, l'industrie de l'Union. Ainsi une plainte est-elle généralement collective et occasionnellement individuelle.

456. Ces deux premières caractéristiques des plaintes antidumping distinguent à double titre la législation de base des règles de concurrence. D'une part, la première

¹⁶⁴⁰ Outre qu'elle doit être écrite, une plainte orale étant irrecevable.

¹⁶⁴¹ Expression utilisée à l'article 4, paragraphe 1, du règlement de base. Cependant, la « *proportion majeure* » visée à l'article 4, paragraphe 1 (aux fins de déterminer l'industrie de l'Union dans le cadre de l'enquête), ne peut plus être définie en utilisant les critères de l'article 5, paragraphe 4 (prévus pour déterminer si la plainte est soutenue par une proportion majeure des producteurs de l'Union) : v. *supra* n° 30.

¹⁶⁴² Article 5, paragraphe 4, du règlement de base. En d'autres termes, la majorité prenant position en faveur de la plainte doit représenter 25% de la production de l'Union, et ainsi 25% suffisent si aucune opposition à la plainte n'est exprimée. Le Tribunal peut ainsi expliquer qu'est recevable une plainte, ou une demande de réexamen, « *expressément soutenue par des producteurs communautaires représentant plus de 25% de la production totale du produit similaire produit par l'industrie communautaire et dont les productions additionnées constituaient plus de 50% de la production totale du produit similaire par la partie de l'industrie communautaire ayant exprimé son soutien ou son opposition* » : Trib.U.E., 11 juillet 2013, *Philips Lighting Poland S.A. c/ Conseil*, aff. T-469/07, non encore publié au *Rec.* (pt 75).

ne permet qu'à des concurrents des producteurs-exportateurs incriminés de déposer plainte, alors que les secondes autorisent toutes « *les personnes physiques ou morales qui font valoir un intérêt légitime* » à agir ainsi, un tel intérêt existant, notamment, dans le chef des entreprises opérant sur le marché en cause ou lésées par l'infraction alléguée, des associations habilitées à représenter leurs intérêts, des associations de consommateurs, et des particuliers acheteurs du bien ou service concerné dont les intérêts économiques sont directement lésés¹⁶⁴³. D'autre part, la première exclut qu'un compétiteur isolé, ne représentant qu'une petite fraction de la production européenne, puisse déclencher l'ouverture d'une procédure antidumping, alors que les secondes ne contiennent aucune restriction de ce genre. Aussi bien quant à l'identité des plaignants, que s'agissant de l'action d'office¹⁶⁴⁴ et des règles relatives à la fourniture volontaire d'information à la Commission¹⁶⁴⁵, l'initiative de l'action antidumping diffère nettement de l'initiative de l'action antitrust.

457. La première affirmation de la compatibilité de principe du dépôt d'une plainte antidumping avec les règles de concurrence eut lieu dans l'affaire *Extramet (devenu IPS)*, le plus emblématique des litiges concernant les interactions entre antidumping et concurrence. En matière antidumping, une plainte est individuelle lorsqu'elle est introduite par une entreprise qui constitue à elle seule l'« *industrie de l'Union* », soit en tant qu'unique producteur européen, soit car représentant à elle seule une *proportion majeure* de la production de l'Union concernée¹⁶⁴⁶. La détention ou non d'une position dominante dépendra de la dimension géographique du marché

¹⁶⁴³ Article 7, paragraphe 2, du règlement n° 1/2003, préc. ; Comm. eur., *Communication relative au traitement par la Commission des plaintes déposées au titre des articles 81 et 82 du traité CE*, JOUE C 101, 27 avril 2004, p. 65 (pts 33-40). Les États membres peuvent aussi déposer une plainte antitrust, alors qu'en matière antidumping ils ne jouissent pas d'une telle prérogative (ils peuvent en revanche recevoir les plaintes, qu'ils doivent alors transmettre à la Commission).

¹⁶⁴⁴ L'article 7, paragraphe 2, du règlement n° 1/2003, préc., dispose que sont « *habilités à déposer une plainte [...] les personnes physiques ou morales qui font valoir un intérêt légitime et les États membres* » ; le paragraphe 1 de cet article prévoit l'action d'office de la Commission, sur un pied d'égalité avec la saisine par plainte.

¹⁶⁴⁵ En matière de pratiques anticoncurrentielles, la Commission peut recevoir des « *éléments d'information relatifs au marché* » et des « *éléments d'information relatifs à des violations suspectées des articles 81 et 82* » (désormais articles 101 et 102 TFUE) de la part des citoyens, des entreprises ou de leurs associations. En outre, les plaintes qui ne constituent pas des plaintes au sens de l'article 7, paragraphe 2, du règlement n° 1/2003, sont traitées comme de tels éléments d'information (v. Comm. eur., *Communication relative au traitement par la Commission des plaintes déposées au titre des articles 81 et 82 du traité CE*, préc., pts 4 et 32). Il serait souhaitable qu'en matière antidumping soit aussi largement ouverte la faculté de fournir des informations à la Commission en vue de son action d'office.

¹⁶⁴⁶ Au sens que l'expression *proportion majeure* a dans le cadre de la recevabilité d'une plainte : v. *supra* n° 455.

pertinent et de l'existence d'importations concurrentes. Lorsque le plaignant est dominant, l'introduction d'une plainte individuelle ne saurait constituer, en tant que telle, une exploitation abusive sur le marché, ce que la Commission exprima pour la première fois dans sa décision de rejet de la plainte d'IPS : « *Le recours à un instrument légitime du droit communautaire, tel que la procédure en matière de dumping, ne peut pas être considéré en soi comme constitutif d'un abus* »¹⁶⁴⁷. Le tribunal valida cette affirmation en indiquant que « *le recours à une voie de droit et, en particulier, la participation d'une entreprise à une enquête diligentée par les institutions communautaires, ne saurait être jugé, en soi, contraire à l'article 86 du traité* »¹⁶⁴⁸. Aux yeux de la juridiction communautaire, « *affirmer que le seul recours à une telle procédure est, en soi, contraire à l'article 86 du traité reviendrait à nier aux entreprises le droit de recourir à des instruments de droit qui ont été instaurés dans l'intérêt communautaire* »¹⁶⁴⁹. Si, à juste titre, le dépôt d'une plainte antidumping ne saurait être abusif en soi – s'agissant du recours à une voie de droit instaurée par le législateur dans l'intérêt général bien que réservée à certaines entreprises –, il devrait pouvoir l'être dans des circonstances exceptionnelles. Dans l'espèce considérée, le Tribunal ajoutait que la volonté de l'entreprise dominante d'utiliser la procédure antidumping pour exclure du marché son concurrent n'était pas démontrée¹⁶⁵⁰, semblant admettre *a contrario* que si cette preuve avait été rapportée, l'utilisation de la plainte antidumping aurait pu être sanctionnée par le droit antitrust¹⁶⁵¹.

La position du Tribunal est moins timorée qu'elle n'y paraît. Elle aurait pu être plus restrictive encore s'il avait repris sa jurisprudence *ITT Promédia*¹⁶⁵². Selon cette dernière, confirmée dans l'arrêt *Protégé International*¹⁶⁵³, pour conclure que

¹⁶⁴⁷ Décision de la Commission du 7 novembre 1996, rejet de plainte, IV/35151/E-1 *IPS c/ Péchiney Electrometallurgie* (non publiée) ; ici p. 3.

¹⁶⁴⁸ TPICE, 30 novembre 2000, *IPS c/ Commission*, aff. T-5/97, *Rec.* p. II-3755 (pt 213).

¹⁶⁴⁹ L'absence de pourvoi contre cet arrêt du Tribunal priva la Cour de justice d'une occasion de se prononcer sur cette question de principe.

¹⁶⁵⁰ TPICE, 30 novembre 2000, *IPS c/ Commission*, préc. (pt 214).

¹⁶⁵¹ La solution retenue par le Tribunal a été critiquée par Laurence IDOT dans les termes suivants : « *Il ne répond nullement à la question de savoir s'il est légitime qu'une entreprise, seule opératrice communautaire sur le marché, renforce sa position dominante en se protégeant de la concurrence extérieure par des mesures antidumping* » (*Europe*, janvier 2001, p. 19).

¹⁶⁵² TPICE, 17 juillet 1998, *ITT Promédia NV c/ Commission*, aff. T-111/96, *Rec.* p. II-2937.

¹⁶⁵³ Trib.UE, 13 septembre 2012, *Protégé International Ltd c/ Commission*, aff. T-119/09, non encore publié au *Rec.* Alors que dans l'arrêt *ITT Promédia*, sans se prononcer sur le bien-fondé des deux critères cumulatifs retenus par la Commission, le Tribunal avait seulement vérifié si la Commission

l'introduction d'une action en justice peut constituer, en réalité, un abus de position dominante, deux conditions cumulatives doivent être réunies : l'action ne doit pas pouvoir être raisonnablement considérée comme visant à faire valoir les droits de l'entreprise concernée – elle ne peut dès lors servir qu'à harceler la partie adverse –, et elle doit être conçue dans le cadre d'un plan ayant pour but d'éliminer la concurrence. Dans l'affaire *ITT Promédia*, la Commission précisait qu'au sens du premier critère, l'action doit être objectivement manifestement dépourvue de tout fondement. Elle indiquait qu'en vertu du second critère, l'action en justice doit viser à éliminer la concurrence¹⁶⁵⁴. Elle expliquait, également, que « *le fait d'intenter une action mal fondée ne pourrait pas, à lui seul, constituer une infraction à l'article 86 du traité, à moins que cette action ne poursuive un but anticoncurrentiel. De même, une action pouvant raisonnablement être considérée comme une tentative de faire valoir ses droits vis-à-vis de concurrents ne pourrait pas être constitutive d'un abus indépendamment du fait qu'elle pourrait s'inscrire dans un plan visant à éliminer la concurrence* »¹⁶⁵⁵. De telles précisions, couplées au principe d'interprétation et d'application stricte de critères constituant une dérogation au principe général d'accès au juge¹⁶⁵⁶, rendent la constatation d'un abus exceptionnelle. En matière antidumping, l'introduction d'une plainte ne pourrait satisfaire le premier critère que si celle-ci était manifestement irrecevable. Il ne suffirait pas qu'elle soit considérée irrecevable par la Commission, si les plaignants avaient pu raisonnablement penser, au moment du dépôt de la plainte, qu'elle serait recevable¹⁶⁵⁷.

458. Le principe de licéité concurrentielle du recours à la plainte antidumping vaut également à l'égard de l'interdiction des ententes. Lorsque la plainte est collective, la coopération nécessaire aux fins de sa préparation est susceptible de relever de l'une

les avait correctement appliqués, dans l'arrêt *Protégé International*, il fait sienne ces deux conditions (v. pt 49).

¹⁶⁵⁴ TPICE, 17 juillet 1998, *ITT Promédia NV c/ Commission*, préc. (pt 56) ; et v. pt 57 de l'arrêt *Protégé International*, préc. : le caractère objectivement déraisonnable ou l'absence de fondement juridique, que doit revêtir l'action en justice pour être jugée abusive, doit être manifeste.

¹⁶⁵⁵ TPICE, 17 juillet 1998, *ITT Promédia NV c/ Commission*, préc. (pt 56).

¹⁶⁵⁶ Pt 61 de l'arrêt *ITT Promédia*, préc., et pt 49 de l'arrêt *Protégé International*, préc.

¹⁶⁵⁷ V., par analogie, le pt 56 de l'arrêt *Protégé International*, préc. : « [II] ne s'agit pas de déterminer si les droits que l'entreprise concernée faisait valoir au moment où elle a intenté son action en justice existaient effectivement ou si celle-ci était fondée, mais de déterminer si une telle action avait pour but de faire valoir ce que l'entreprise, à ce moment-là, pouvait raisonnablement considérer comme étant ses droits (voir, en ce sens, arrêt *ITT Promédia/Commission*, précité, points 72 et 73) ».

des trois formes de collusion visées par l'article 101 TFUE : soit un arrangement formel est conclu entre ces entreprises dans cette perspective ; soit une concertation informelle est mise en place entre elles dans ce but ; soit une association préexistante ou constituée à cette fin, représentant ces entreprises, intervient en leur nom. Si l'acte de dépôt de plainte peut être individuel, sa préparation apparaît nécessairement collective, ne serait-ce qu'au stade du rassemblement des soutiens des producteurs européens nécessaires à la recevabilité de la plainte. Qualifier la concertation nécessaire entre les plaignants et/ou le dépôt de la plainte d'accord, de pratique concertée ou de décision d'association d'entreprises est toutefois insuffisant pour conclure à la présence d'une infraction antitrust. Encore faut-il qu'elle ait pour objet ou pour effet de restreindre la concurrence¹⁶⁵⁸.

À propos du dépôt d'une plainte collective, la Commission explique qu'elle « *n'a jamais considéré qu'introduire, envisager d'introduire ou même informer des tiers de l'intention d'introduire une plainte antidumping puisse constituer, en soi, une infraction à l'article 81, paragraphe 1, du traité CE* »¹⁶⁵⁹. Cette position est justifiée. Quelle que soit la forme de la concertation, son objet n'est pas de restreindre la concurrence, mais d'introduire une plainte, autrement dit d'accomplir une démarche légitime prévue par la législation européenne en remplissant les conditions prévues par celle-ci.

Cependant, « *s'il est tout à fait légitime qu'un secteur industriel discute de l'opportunité d'introduire une plainte antidumping auprès de la Commission, il n'appartient certainement pas aux principaux opérateurs d'un segment de marché donné d'entreprendre des actions concertées relatives aux prix qu'ils facturent à leurs clients respectifs, afin d'évincer des tiers de ce marché* »¹⁶⁶⁰. L'introduction d'une plainte collective et les discussions préalables nécessaires à cette seule fin ne constituent pas une pratique anticoncurrentielle, mais les plaignants dont la concertation dépasse ce cadre limité s'exposent à la sanction antitrust.

¹⁶⁵⁸ L'affectation du commerce entre États membres devrait également être vérifiée pour appliquer le droit antitrust européen : tel serait probablement le cas dans la plupart des plaintes antidumping.

¹⁶⁵⁹ Comm. eur., décision du 5 décembre 2001, relative à une procédure au titre de l'article 81 du traité CE et de l'article 53 de l'accord EEE (affaire COMP/E-1/36.604 – *Acide citrique*), JOCE L 239, 6 septembre 2002, p. 18, paragraphe 163.

¹⁶⁶⁰ *Ibid.*, paragraphe 166.

459. La licéité concurrentielle de principe de la concertation nécessaire en vue du dépôt d'une plainte et/ou aux fins du dépôt lui-même ne repose pas sur une forme d'exemption ou de justification d'un comportement qui serait à première vue anticoncurrentiel. Elle dérive d'une permission législative européenne qui, en conférant à l'industrie de l'Union le droit de déposer une plainte (repreant ainsi une disposition d'un accord de l'OMC¹⁶⁶¹), autorise préventivement la concertation entre plaignants nécessaire à la préparation de la plainte et au dépôt de la plainte, alors même que cette forme de coopération entre concurrents peut indirectement influencer sur leur comportement sur le marché, notamment en réduisant le degré d'incertitude sur son fonctionnement. À cet égard, la tolérance envers ces cas de concertation relatifs aux plaintes antidumping se distingue des fréquentes et banales réunions d'entreprises concurrentes dans le cadre d'associations professionnelles, parfaitement légitimes et non infractionnelles au regard du droit antitrust, lorsqu'elles portent sur « *l'établissement de statistiques, la fourniture d'information aux tiers, la conception d'opérations publicitaires, la promotion de standards environnementaux* »¹⁶⁶², ou encore sur des sujets tels que les actions de lobbying à entreprendre pour faire évoluer une réglementation sectorielle.

Si ces comportements intrinsèques à la plainte sont licites, en confiant un quasi-monopole aux concurrents européens des producteurs étrangers et en subordonnant la recevabilité d'une plainte à son soutien par un grand nombre d'entre eux, la législation crée un contexte favorable à des comportements extrinsèques illicites.

2° Les actions illicites extrinsèques au dépôt d'une plainte

460. Légitimes à discuter de l'opportunité d'introduire une plainte, les entreprises européennes d'un secteur industriel ne sont pas libres, en revanche, d'unir leurs efforts dans une stratégie globale destinée à éliminer une concurrence étrangère, future déloyale. Constituent une pratique concertée illicite « *les différents efforts communs fait par les membres [d'une] entente pour convaincre les producteurs chinois de limiter leurs exportations à prix cassés vers l'Europe [...]* indépendamment de la question de la légalité, au regard du droit antidumping de la

¹⁶⁶¹ Article 5 du Code antidumping.

¹⁶⁶² Nicolas PETIT, *Droit européen de la concurrence*, Paris, Montchrétien, 2013, 684 p. ; ici p. 199.

Communauté, des prix facturés par les producteurs chinois »¹⁶⁶³. Se concerter pour lutter contre la concurrence déloyale ne saurait rendre l'entente licite. Par ailleurs, pourrait être sanctionnée par le droit antitrust l'intervention d'une association d'entreprises qui, sous le couvert de l'étude de la possibilité d'engager une procédure antidumping, permettrait à ses membres de s'entendre et d'exercer des pressions sur les producteurs-exportateurs visés¹⁶⁶⁴. Si informer de tels tiers de l'éventualité de l'introduction d'une plainte antidumping ne constitue pas, en soi, une pratique illicite, coupler cette information à des pressions pour qu'ils cessent leurs exportations à bas prix, autrement dit menacer d'introduire une plainte si de telles exportations perdurent, pourrait tomber sous le coup de la prohibition antitrust. Les entreprises européennes, comme les associations les représentant qui existent dans la plupart sinon tous les secteurs industriels, disposent seulement de la plainte antidumping pour réagir aux importations qu'elles estiment être en dumping. Contre de telles importations, ne sont légitimes que les mesures prises par les institutions européennes à l'issue d'une procédure permettant d'établir l'existence d'un dumping préjudiciable, et offrant à toutes les parties intéressées la possibilité de défendre leurs intérêts. Une entente ne saurait constituer une réponse licite à une situation de dumping préjudiciable, seulement supposée par les entreprises qui s'en sentent victimes, puisque seules les institutions sont compétentes pour en constater la réalité.

461. Pour la première fois dans les annales judiciaires européennes, l'affaire *Nölle* mit en lumière les possibles relations entre le dépôt d'une plainte antidumping et une entente anticoncurrentielle. Devant le juge de renvoi allemand, la société importatrice *Nölle* contestait la validité d'un règlement du Conseil instituant des droits sur les importations de brosses et pinceaux à peindre chinois. La Cour ne s'étant pas

¹⁶⁶³ Décision n° 2002/742/CE de la Commission, du 5 décembre 2001, relative à une procédure au titre de l'article 81 du traité CE et de l'article 53 de l'accord EEE (COMP/E-1/36.604 – *Acide citrique*), *JOCE* L 239, 6 septembre 2002, p. 18 (paragraphe 165). En l'occurrence les importations chinoises effectuées en dumping avaient un impact sensible sur la capacité de l'entente à maintenir les niveaux de prix convenus. Ces importations étaient par conséquent bénéfiques à la concurrence puisqu'elles limitaient les effets d'une entente anticoncurrentielle !

¹⁶⁶⁴ Des cas d'instrumentalisation de telles associations par les membres d'une entente sont rapportés : v., à cet égard, la décision de la Commission dans l'affaire de l'*acide citrique*, préc. (paragraphe 116). En l'espèce, ce n'est pas la menace de plainte qui est sanctionnée, mais les pratiques ciblées des membres de l'entente à l'égard des clients individuels des producteurs chinois concernés, afin de saper leurs positions sur le marché (paragraphe 116 à 124 et paragraphe 166).

prononcée sur les arguments de Nölle relatifs à la concurrence¹⁶⁶⁵, seules les conclusions de l'avocat général Van Gerven contiennent des éléments intéressant les rapports entre antidumping et concurrence. Il rapporte que l'argument principal soulevé par l'importateur pour contester l'intérêt communautaire à l'adoption de la mesure antidumping consistait « à affirmer que la procédure antidumping [avait] été déclenchée par les producteurs de la Communauté pour soutenir et préserver une entente illicite »¹⁶⁶⁶. Au vu des éléments avancés par Nölle, l'avocat général estimait insuffisamment probable l'existence d'une entente qui aurait été confortée par l'institution de droits antidumping et remarquait, au surplus, que Nölle n'avait pas déposé de plainte formelle auprès de la Commission dénonçant l'infraction aux règles de concurrence qu'elle prétendait constituée.

Ultérieurement, dans l'affaire *Euromin*, l'exportateur du produit concerné requérant devant le Tribunal, à qui la Commission n'avait pas envoyé de questionnaire relatif à l'enquête, visiblement faute de mention de son nom dans la plainte, expliquait cette lacune par la volonté des membres de l'association plaignante de l'évincer du marché en l'empêchant de se défendre correctement dans la procédure antidumping. L'argument est seulement rapporté dans l'arrêt déclarant son recours irrecevable pour défaut d'intérêt individuel à agir¹⁶⁶⁷. Aucune suite ne semble avoir été donnée à cette prétention de plainte intentionnellement incomplète.

462. Si en principe l'introduction d'une plainte antidumping par une entreprise dominante n'est pas une pratique abusive, il n'est pas exclu qu'elle puisse exceptionnellement constituer un abus¹⁶⁶⁸ ou s'inscrire dans une pratique abusive plus

¹⁶⁶⁵ Elle a déclaré le règlement antidumping invalide au motif que la valeur normale des produits en cause n'avait pas été déterminée d'une manière appropriée et non déraisonnable : CJCE, 22 octobre 1991, *Eugen Nölle c/ Hauptzollamt Bremen-Freihafen*, aff. C16/90, *Rec.* p. I-5163 (pt 36).

¹⁶⁶⁶ Conclusions sous CJCE, 22 octobre 1991, *Eugen Nölle c/ Hauptzollamt Bremen-Freihafen*, préc. (pt 8).

¹⁶⁶⁷ TPICE, 20 juin 2000, *Euromin SA c/ Conseil*, aff. T-597/97, *Rec.* p. II-2419 (pt 10). *Euromin* n'était pas individuellement concerné par le règlement (CE) n° 1931/97 du Conseil, du 22 septembre 1997, instituant un droit antidumping définitif sur les importations de zinc non allié sous forme brute originaire de Pologne et de Russie, *JOCE* L 272, 4 octobre 1997, p. 1.

¹⁶⁶⁸ Pour une affirmation de principe que l'exercice d'un droit reconnu par un acte communautaire peut constituer une pratique abusive, v. l'arrêt de la Cour dans l'affaire *AstraZeneca*, à propos du droit de demander le retrait d'une autorisation de mise sur le marché d'un médicament : CJUE, 6 décembre 2012, *AstraZeneca AB et AstraZeneca plc c/ Commission*, aff. C-457/10 P, non encore publié au *Rec.* : « l'illégalité d'un comportement abusif au regard de l'article 82 CE est sans relation avec sa conformité ou non avec d'autres règles juridiques » et « les abus de position dominante consistent, dans la majorité des cas, en des comportements par ailleurs légaux au regard de branches du droit autres que le droit de la concurrence » (pt 132).

large¹⁶⁶⁹. Dans l'affaire *IPS*¹⁶⁷⁰, aucune des pratiques de l'entreprise dominante visant prétendument à exclure IPS du marché n'avait été reconnue comme abusive, de sorte que l'allégation d'abus de position dominante par le recours à la procédure antidumping conjointement avec les prétendues pratiques d'exclusion ne pouvait prospérer. Ainsi, il n'est pas exclu que, si de telles pratiques avaient été constatées, le recours à la procédure antidumping ait pu constituer un élément d'une pratique abusive complexe. Quant à l'accusation distincte d'emploi abusif de la plainte antidumping, isolément de toute autre pratique, le Tribunal n'a pas écarté qu'une telle introduction de plainte puisse constituer un abus. Il a estimé, dans l'espèce considérée, que la volonté de l'entreprise dominante d'utiliser la procédure antidumping pour exclure du marché son concurrent n'était pas établie¹⁶⁷¹.

463. L'intérêt pour les parties à une entente horizontale, ou pour une entreprise dominante, de provoquer par une plainte l'ouverture d'une procédure antidumping est évident. L'adoption éventuelle de mesures antidumping leur est manifestement favorable et peut, sinon renforcer, du moins préserver leur position sur le marché, ou ralentir l'affaiblissement de cette position¹⁶⁷². D'ailleurs, nonobstant l'adoption de mesures de défense commerciale, la simple ouverture d'une procédure peut être souhaitée par l'industrie de l'Union, car elle est susceptible de restreindre les importations concernées et, par suite, l'intensité d'une source extérieure de concurrence.

La possibilité de tels effets justifie l'édiction de conditions de recevabilité des plaintes suffisamment strictes pour que le dépôt d'une plainte ne soit pas utilisé comme un instrument de la politique commerciale des entreprises européennes confrontées à la concurrence extérieure. À cet égard, l'absence de divulgation au

¹⁶⁶⁹ V., à cet égard, TPICE, 30 novembre 2000, *IPS c/ Commission*, préc. (pt 213), et *supra* n° 457.

¹⁶⁷⁰ TPICE, 30 novembre 2000, *IPS c/ Commission*, aff. T-5/97, *Rec.* p. II-3755.

¹⁶⁷¹ TPICE, 30 novembre 2000, *IPS c/ Commission*, préc. (pt 214).

¹⁶⁷² Un effet de protection de la position dominante d'un producteur communautaire était relevé dans l'affaire *carbonate de soude* : décision n° 91/300/CEE de la Commission (IV/33.133-D : *Carbonate de soude – ICI*), préc. : « À la suite de l'instauration de mesures antidumping, la part de marché d'ICE s'est stabilisée autour de 93% » (paragraphe 5) ; « D'après ICI, la moitié peut-être des bénéficiaires actuels serait compromis si la protection antidumping contre les importations des États-Unis d'Amérique devait être supprimée » (paragraphe 8). Cette décision montre comment une entreprise peut utiliser des mesures antidumping pour contrôler le marché pertinent sur lequel elle est dominante (v. paragraphe 63). Elle a été annulée pour vice procédural (TPICE, 29 juin 1995, *Imperial Chemical Industries plc (ICI) c/ Commission*, aff. T-37/91, *Rec.* p. II-1901) et reprise par décision n° 2003/7/CE de la Commission (COMP/33.133 – D. *Carbonate de soude – ICI*), préc. Les constatations précitées sont reprises aux paragraphes 41 et 45 de cette deuxième décision.

public des plaintes reçues – seule l’ouverture éventuelle de la procédure étant publiée au Journal officiel – empêche qu’un dépôt de plainte soit sciemment utilisé contre les concurrents étrangers accusés dans celle-ci de pratiquer le dumping. Cette discrétion temporaire protège contre une publicité qui provoquerait de manière anticipée les effets de l’ouverture de procédure. La publicité serait d’autant plus dommageable si aucune procédure n’était finalement ouverte, si la plainte s’avérait irrecevable ou était retirée, ou si le volume des importations n’atteignait pas le seuil *de minimis*. Cependant, l’absence de publicité officielle n’exclut pas les indiscretions entre acteurs du marché concerné, et il ne serait pas rare que les producteurs-exportateurs visés dans une plainte en soient informés, avant une éventuelle ouverture de procédure. Or la législation antidumping ne prévoit aucune sanction contre une plainte manifestement infondée (mise à part l’irrecevabilité). La perspective réelle d’une qualification d’infraction antitrust pourrait combler partiellement cette lacune.

B. La réunion potentiellement anticoncurrentielle des informations à fournir dans une plainte

464. Une troisième caractéristique du déclenchement d’une procédure antidumping provoque un risque de collusion particulier : l’échange d’informations anticoncurrentiel (**1°**). En effet, la réunion des éléments de preuve à fournir afin qu’une plainte soit recevable et permette l’ouverture d’une procédure antidumping, crée un risque d’échanges d’informations anticoncurrentiels entre les entreprises concurrentes qui constituent l’industrie de l’Union soutenant la plainte (**2°**)¹⁶⁷³.

1° Le caractère anticoncurrentiel de certains échanges d’informations entre concurrents

465. Les pratiques d’échanges d’informations, diverses et complexes tant dans leurs formes et contextes, que dans leurs effets, ne présentent pas nécessairement des risques pour le jeu concurrentiel¹⁶⁷⁴. Certains échanges sont même bénéfiques à la

¹⁶⁷³ Pour un article mettant en évidence ce risque aux États-Unis, v. James C. HARTIGAN, « Collusive Aspects of Cost Revelation Through Antidumping Complaints », *JITE*, 151/3, 1995, p. 478-489.

¹⁶⁷⁴ Sur la problématique des échanges d’information, v. en particulier : Comm. eur., *Lignes directrices sur les accords de coopération horizontale*, JOUE C 11, 14 janvier 2011, p. 1, et Autorité française de la concurrence, « Les échanges d’informations », Études thématiques, *Rapport annuel 2009*, p. 105-147. V., également, Laurent FRANÇOIS-MARTIN et Frédéric PUEL, « Comment apprécier

concurrence. La transparence du marché contribue à son dynamisme¹⁶⁷⁵, notamment en permettant aux entreprises d'améliorer leur efficacité interne et de réaliser des économies de coûts en ajustant au mieux leurs stocks et en adaptant leur offre à une demande mieux comprise. L'échange d'informations peut résoudre les problèmes d'asymétrie de l'information et rendre ainsi les marchés plus efficaces, par exemple dans les secteurs de l'assurance et du crédit bancaire. Il peut être directement profitable aux consommateurs lorsqu'il réduit leurs coûts de recherche et élargit leurs choix¹⁶⁷⁶.

L'échange d'informations est nuisible au bon fonctionnement du libre jeu de la concurrence en premier lieu lorsque, « *intervenant dans le cadre d'une entente explicite* » – telle qu'un accord ou une pratique concertée portant sur les prix, les quantités ou une répartition géographique du marché –, il en constitue l'accessoire, restrictif par objet, qui en facilite le respect en permettant la détection de la rupture de l'entente par un participant, puis le déclenchement des représailles des autres parties¹⁶⁷⁷.

les risques concurrentiels dus aux échanges d'informations entre concurrents ? », *Concurrences*, n° 2-2011.

¹⁶⁷⁵ Comme l'a noté l'avocat général GEELHOED dans ses conclusions sous CJCE, 23 novembre 2006, *Asnef-Equifax*, aff. C-238/05, *Rec. p. I-11125* (au pt 40), la Cour et le Tribunal ont relevé à plusieurs reprises que « *la transparence entre les opérateurs économiques est, sur un marché véritablement concurrentiel, de nature à concourir à l'intensification de la concurrence entre les offreurs* » : v. TPICE, 27 octobre 1994, *Fiatagri UK Ltd et New Holland Ford Ltd c/ Commission*, aff. T-34/92, *Rec. p. II-905* (pt 91) et TPICE, 27 octobre 1994, *John Deere Ltd c/ Commission*, aff. T-35/92, *Rec. p. II-957* (pt 51). Dans l'affaire des *poutrelles*, la Cour a souligné que, dans son arrêt *John Deere* (CJCE, 28 mai 1998, *John Deere Ltd c/ Commission*, aff. C-7/95 P, *Rec. p. I-3111*, pts 88 à 90), elle « *a confirmé la prémisse générale utilisée par le Tribunal dans son raisonnement, à savoir que : - en principe, la transparence entre les opérateurs économiques est, sur un marché véritablement concurrentiel, de nature à concourir à l'intensification de la concurrence entre les offreurs, dès lors que, dans une telle hypothèse, la circonstance qu'un opérateur économique tienne compte des informations sur le fonctionnement du marché, dont il dispose grâce au système d'échange d'informations, pour adapter son comportement sur le marché n'est pas de nature, compte tenu du caractère atomisé de l'offre, à atténuer ou à supprimer, pour les autres opérateurs économiques, toute incertitude quant au caractère prévisible des comportements de ses concurrents* » : CJCE, 2 octobre 2003, *Thyssen Stahl AG c/ Commission*, aff. C-194/99 P, *Rec. p. I-10821* (pt 84), *Krupp Hoesch Stahl AG c/ Commission*, aff. C-195/99 P, *Rec. p. I-10937* (pt 61) et *Corus UK Ltd c/ Commission*, aff. C-199/99 P, *Rec. p. I-11177* (pt 108).

¹⁶⁷⁶ V., s'agissant des effets positifs, notamment : Comm. eur., *Lignes directrices sur les accords de coopération horizontale*, 2011, préc. (paragraphe 57) et Autorité française de la concurrence, « Les échanges d'informations », *Études thématiques*, préc. ; spéc. p. 117-122 (elle y présente ces bénéfices comme des effets proconcurrentiels, des gains d'efficacité).

¹⁶⁷⁷ Autorité de la concurrence, « Les échanges d'informations », *Études thématiques*, préc. ; ici. p. 105. V. également les *Lignes directrices sur les accords de coopération horizontale*, 2011, préc. (paragraphe 59). Pour un exemple d'échange d'informations dans le cadre d'une infraction globale (qualifiée d'infraction unique et continue), v. l'affaire des *plaques en plâtre* : décision

En second lieu, l'échange d'informations peut être néfaste pour la concurrence en tant que « *pratique anticoncurrentielle spécifique* » indépendante de toute autre entente illicite¹⁶⁷⁸. Un tel *pur* échange d'informations, dans certains cas restrictif par objet¹⁶⁷⁹, mais plus fréquemment apprécié au regard de ses effets actuels ou potentiels¹⁶⁸⁰, est souvent appréhendé sous l'angle des pratiques concertées¹⁶⁸¹, car plus rarement mis en œuvre dans le cadre d'un accord formel¹⁶⁸². L'échange d'informations étant un mécanisme facilitant la coordination des politiques commerciales d'entreprises concurrentes, il peut lui-même constituer une entente¹⁶⁸³. La notion de pratique concertée, interprétée à lumière de la conception inhérente aux règles de concurrence selon laquelle une entreprise doit déterminer sa politique sur le marché de manière autonome¹⁶⁸⁴, requiert l'existence d'une concertation, d'un comportement sur le marché y faisant suite et d'un lien de causalité entre cette concertation et ce

n° 2005/471/CE de la Commission, du 27 novembre 2002, relative à une procédure d'application de l'article 81 du traité CE (COMP/E-1/37.152 – *Plaques en plâtre*), *JOUE* L 166, 28 juin 2005, p. 8 ; TPICE, 8 juillet 2008, *Knauf Gips KG c/ Commission*, aff. T-52/03, *Rec.* p. II-115 (publication sommaire) ; TPICE, 8 juillet 2008, *BPB plc c/ Commission*, aff. T-53/03, *Rec.* p. II-1333 ; et TPICE, 8 juillet 2008, *Lafarge SA c/ Commission*, aff. T-54/03, *Rec.* p. II-120 (publication sommaire).

¹⁶⁷⁸ Autorité de la concurrence, « Les échanges d'informations », Études thématiques, préc. ; ici p. 106.

¹⁶⁷⁹ V., notamment, CJCE, 4 juin 2009, *T-Mobile Netherlands BV e.a.*, aff. C-8/08, *Rec.* p. I-4529 ; décision de la Commission du 15 octobre 2008, relative à une procédure d'application de l'article 81 du traité CE (COMP/39.188 – *Bananes*) *JOUE* C 189, 12 août 2009, p. 12 (résumé de la décision), et les arrêts statuant sur les recours en annulation contre cette décision : Trib.UE, 14 mars 2013, *Fresh Del Monte Produce, Inc. c/ Commission*, aff. T-587/08, non encore publié au *Rec.* (pts 294-309), et Trib.UE, 14 mars 2013, *Dole Food Company et Dole Germany OHG c/ Commission*, aff. T-588/08, non encore publié au *Rec.* (pts 51 à 85).

¹⁶⁸⁰ Notamment dans : décision n° 92/157/CEE de la Commission, du 17 février 1992, relative à une procédure d'application de l'article 85 du traité CEE (IV/31.370 et 31.446 – *UK Agricultural Tractor Registration Exchange*), *JOCE* L 68, 13 mars 1992, p. 19, et dans les arrêts rejetant les recours contre cette décision : TPICE, 27 octobre 1994, *Fiatagri UK Ltd et New Holland Ford Ltd c/ Commission*, préc., et TPICE, 27 octobre 1994, *John Deere Ltd c/ Commission*, préc. ; pourvoi rejeté par CJCE, 28 mai 1998, *John Deere Ltd c/ Commission*, préc. ; V. également CJCE, 23 novembre 2006, *Asnef-Equifax*, aff. C-238/05, *Rec.* p. I-11125.

¹⁶⁸¹ Pratique concertée d'échange d'informations ayant un objet anticoncurrentiel dans l'affaire des bananes (décision et arrêts précités) et, également, dans l'affaire *T-Mobile* (arrêt précité) : « [II] y a lieu de considérer comme ayant un objet anticoncurrentiel un échange d'informations susceptible d'éliminer des incertitudes dans l'esprit des intéressés quant à la date, à l'ampleur et aux modalités de l'adaptation que l'entreprise concernée doit mettre en œuvre, y compris lorsque, comme dans l'affaire au principal, l'adaptation concerne la réduction de la commission standard des revendeurs. » (pt 41).

¹⁶⁸² Dans l'affaire des tracteurs anglais (décision et arrêts précités) était en cause un accord d'échange d'informations conclu par trois associations professionnelles et notifié à la Commission. V., également, CJCE, 23 novembre 2006, *Asnef-Equifax*, préc., concernant des accords conclus en vue de la création de fichiers d'informations sur le crédit.

¹⁶⁸³ V., notamment, la décision et les arrêts dans l'affaire des bananes, préc., et les *Lignes directrices sur les accords de coopération horizontale*, préc. (spéc. paragraphes 59-62).

¹⁶⁸⁴ V., récemment, CJCE, 4 juin 2009, *T-Mobile Netherlands BV e.a.*, préc. (pt 32).

comportement¹⁶⁸⁵. Or, selon une jurisprudence constante, les entreprises qui participent à une concertation et qui demeurent actives sur le marché sont présumées tenir compte des informations échangées avec leurs concurrents pour déterminer leur comportement sur ce marché. Elles peuvent renverser cette présomption simple en rapportant la preuve contraire¹⁶⁸⁶, par exemple en démontrant que la concertation n'a en aucune manière influencé leur propre comportement sur le marché¹⁶⁸⁷. Ainsi l'échange d'informations entre concurrents implique-t-il une présomption simple de pratique concertée, dont il importe d'établir qu'elle a pour objet ou pour effet de restreindre la concurrence. L'échange d'informations a un tel effet lorsqu'il atténue ou supprime « *le degré d'incertitude sur le fonctionnement du marché en cause avec comme conséquence une restriction de concurrence entre entreprises* »¹⁶⁸⁸. Il est restrictif lorsqu'il a une telle incidence défavorable sur au moins un « *des paramètres de la concurrence tels que le prix, la production, la qualité ou la diversité des produits ou encore l'innovation* »¹⁶⁸⁹.

466. Pour évaluer les répercussions sur la concurrence d'un échange d'informations – qu'il intervienne dans le cadre d'un accord formel ou soit consubstantiel à la pratique concertée –, de nombreux facteurs relatifs aux caractéristiques du marché concerné (telles que sa structure, sa transparence, sa complexité, sa stabilité et sa symétrie), à la nature des informations échangées (publiques ou confidentielles, agrégées ou

¹⁶⁸⁵ Jurisprudence constante depuis CJCE, 8 juillet 1999, *Commission c/ Anic Partecipazioni SpA*, aff. C-49/92 P, *Rec. p. I-4125* (pt 118) et CJCE, 8 juillet 1999, *Hüls AG c/ Commission*, aff. C-199/92 P, *Rec. p. I-4287* (pt 161).

¹⁶⁸⁶ Présomption énoncée dans les arrêts CJCE, 8 juillet 1999, *Commission c/ Anic Partecipazioni SpA*, aff. C-49/92 P, préc. (pts 121 et 131), et *Hüls AG c/ Commission*, aff. C-199/92 P, préc. (pts 162 et 169). V., également, CJCE, 4 juin 2009, *T-Mobile Netherlands BV e.a.*, préc. (pt 51-52) : interrogée à titre préjudiciel, la Cour y précise que cette présomption fait partie intégrante du droit communautaire applicable et doit donc être appliquée par les juges nationaux.

¹⁶⁸⁷ V. le pt 169 de l'arrêt *Hüls c/ Commission*, préc., et, également, le pt 131 de l'arrêt *Commission c/ Anic Partecipazioni*, préc.

¹⁶⁸⁸ V., en premier lieu, les arrêts du Tribunal et de la Cour dans l'affaire des *tracteurs anglais* (TPICE, 27 octobre 1994, *Fiatagri UK Ltd et New Holland Ford Ltd c/ Commission*, préc., et TPICE, 27 octobre 1994, *John Deere Ltd c/ Commission*, préc. ; CJCE, 28 mai 1998, *John Deere c/ Commission*, préc. ; pt 90) et la systématisation de cette jurisprudence par la Cour dans l'affaire des *poutrelles* : CJCE, 2 octobre 2003, *Thyssen Stahl AG c/ Commission*, aff. C-194/99 P, *Rec. p. I-10821* (pt 81) : « *Selon la jurisprudence relative au marché des tracteurs, mentionnée au point 69 du présent arrêt, dans laquelle le Tribunal et la Cour ont examiné pour la première fois un accord d'échange d'informations dans le cadre du traité CE, et dont les considérations d'ordre général sont transposables au traité CECA, un tel accord est contraire aux règles de concurrence lorsqu'il atténue ou supprime le degré d'incertitude sur le fonctionnement du marché en cause avec comme conséquence une restriction de la concurrence entre entreprises (voir, spécialement, arrêt de la Cour Deere/Commission, précité, point 90)* ».

¹⁶⁸⁹ Comm. eur., *Lignes directrices sur les accords de coopération horizontale*, préc. (paragraphe 75).

détaillées, historiques ou actuelles) et aux modalités de l'échange (périodicité, conditions d'accès et de participation à l'échange)¹⁶⁹⁰ doivent être pris en compte. Les risques d'altération de l'incertitude sur le fonctionnement du marché sont plus grands sur un marché oligopolistique fortement concentré que sur un marché « véritablement concurrentiel » où l'offre est atomisée¹⁶⁹¹, lorsque l'échange d'informations couvre une part importante du marché en cause, qu'il est fréquent et ne concerne pas des données réellement publiques, qu'il porte sur des données stratégiques (caractère stratégique fonction des spécificités du marché mais généralement reconnu aux informations sur les prix, les coûts de productions, les quantités, les chiffres d'affaire, les ventes et les capacités), individualisées et non pas agrégées, actuelles ou futures et non pas historiques.

2° Le risque d'échanges d'informations anticoncurrentiels dans la préparation d'une plainte

467. Confrontées à un choc externe tel que d'importantes importations présumées être effectuées en dumping depuis des pays tiers, les entreprises européennes peuvent être tentées d'échanger des informations sur les réponses qu'elles envisagent d'y

¹⁶⁹⁰ V., en particulier, les *Lignes directrices sur les accords de coopération horizontale*, préc. (paragraphe 58 et 76 à 94) et l'étude « Les échanges d'informations », préc. (spéc. p. 128-138). C'est dans l'affaire des *tracteurs anglais* que la Cour de justice a pour la première fois énoncé les critères d'appréciation des effets d'un échange d'informations. L'avocat général GEELHOED a offert une limpide synthèse de la jurisprudence de la Cour dans ses conclusions sous CJCE, 23 novembre 2006, *Asnef-Equifax*, aff. C-238/05, préc. (pts 41-43) : « 41. En général, la distinction entre un échange d'informations légal et un échange illégal est fonction des éléments suivants: (1) le caractère et le contenu des informations échangées (agrégées ou détaillées) et (2) la structure du marché concerné (oligopolistique ou atomisé). La fréquence de l'échange importe aussi.

42. En ce qui concerne le premier élément, un échange de données statistiques ou historiques est, en général, moins problématique qu'un échange de données récentes ou futures. Les données du marché agrégées sont, en principe, légales à condition qu'elles ne permettent pas l'identification et la connaissance de la stratégie commerciale d'un concurrent isolé. La question de savoir si le niveau de l'agrégation permet ou non de connaître les stratégies des concurrents dépend, en fin de compte, du nombre de concurrents. De toute façon, il y a lieu de relever que chaque opérateur économique participant à un échange doit agir de manière indépendante et autonome.

43. En ce qui concerne la structure du marché, il est évident que, sur un marché oligopolistique, les entreprises ont une plus grande tendance à uniformiser leur comportement. L'échange d'informations pourrait alors augmenter la probabilité d'une collusion. C'est pourquoi l'échange de certaines informations est considéré comme illégal sur un marché oligopolistique ou, même si le marché en cause n'est pas oligopolistique, fortement concentré, et non sur un marché véritablement concurrentiel (atomisé) ».

¹⁶⁹¹ V., à cet égard, par exemple le pt 189 de l'arrêt du TPICE, 8 juillet 2008, *Knauf Gips KG c/ Commission*, aff. T-52/03, préc.

apporter¹⁶⁹², en particulier sur leurs intentions individuelles quant à l'opportunité de déposer une plainte auprès de la Commission. L'intention commune d'introduire une plainte qui soit soutenue par une proportion suffisante des producteurs européens peut ainsi en résulter. Sous cet angle, la préparation d'une plainte antidumping constitue un cadre légal pour une concertation pourtant comparable aux comportements qualifiés de pratiques concertées résultant d'échanges d'informations – en l'occurrence de divulgations des intentions d'action sur le marché. Les conditions concurrentielles peuvent en être fortement altérées même si la plainte est subséquemment retirée ou rejetée. Lorsqu'elle est instruite et aboutit à des mesures, l'altération résulte non seulement des probables hausses des prix et réductions de certaines importations, mais aussi d'une transparence accrue du marché et d'une atténuation de son instabilité. Il est néanmoins malaisé, voire impossible, d'identifier la part de cette altération attribuable à la formation d'une intention commune de déposer une plainte et à la réunion des informations nécessaires pour la rédaction de celle-ci. Surtout, la cause immédiate en est l'adoption des mesures antidumping et non pas la plainte et les discussions et échanges que sa préparation implique.

468. En plus de satisfaire aux conditions de recevabilité relatives au soutien de l'industrie de l'Union, une plainte doit contenir des éléments de preuve suffisants à première vue pour établir « *l'existence d'un dumping, d'un préjudice et d'un lien de causalité entre les importations dont il est allégué qu'elles font l'objet d'un dumping et le préjudice allégué* »¹⁶⁹³. À défaut, elle est rejetée¹⁶⁹⁴. Or, la réunion de ces éléments de preuve – hormis le cas d'un producteur plaignant unique –, outre qu'elle

¹⁶⁹² Au cours de la procédure administrative dans l'affaire *Solvay – ICI* (entente), les parties avaient prétendu n'avoir discuté que de sujets sur lesquels il serait légitime de discuter, tels que « *les mesures antidumping prises par les producteurs européens (sic !) contre les importations des États-Unis d'Amérique et en Afrique du Sud* » (décision n° 91/297/CEE de la Commission, du 19 décembre 1990, relative à une procédure d'application de l'article 85 du traité CEE (IV/33.133-A : *Carbonate de soude – Solvay, ICI, JOCE* L 152, 15 juin 1991, p. 1, paragraphe 31 ; décision annulée par le Tribunal dans l'affaire T-30/91 pour violation des droits de la défense). La Commission ne semble pas avoir contesté la légitimité d'échanges sur un tel sujet (v. paragraphes 30-35 et 58 de la décision).

¹⁶⁹³ Article 5, paragraphe 2, du règlement de base.

¹⁶⁹⁴ Pèse sur le plaignant l'obligation de fournir les renseignements dont il peut raisonnablement disposer (article 5, paragraphe 2, du règlement de base). La Commission « *examine, dans la mesure du possible, l'exactitude et l'adéquation des éléments de preuve fournis dans la plainte afin de déterminer s'il y a des éléments de preuve suffisants pour justifier l'ouverture d'une enquête* » (article 5, paragraphe 3, du règlement de base).

En matière antitrust également une plainte n'est recevable que si elle contient certaines informations prévues dans un formulaire (v., notamment, considérants n° 6 et 7, article 5 et annexe du règlement (CE) n° 773/2004 de la Commission, du 7 avril 2004, relatif aux procédures mises en œuvre par la Commission en application des articles 81 et 82 du traité CE, *JOUE* L 123, 27 avril 2004, p. 18).

implique nécessairement une certaine coopération entre les entreprises constituant l'industrie concernée, est susceptible de conduire à un échange d'informations, entre les entreprises concurrentes engagées dans la plainte, préoccupant au regard du droit de la concurrence¹⁶⁹⁵. En effet, par analogie avec la situation des entreprises présumées tenir compte des informations qu'elles s'échangent, les producteurs de l'industrie de l'Union qui se concertent et communiquent des informations en vue de déposer une plainte antidumping, tout en demeurant présents sur le marché, ne pourraient-ils être considérés comme participant à une pratique concertée au sens de l'article 101 TFUE ? S'ils pourraient probablement établir que la finalité de leurs rencontres et échanges est d'introduire une plainte antidumping, à supposer que la préparation de la plainte aboutisse effectivement à son dépôt¹⁶⁹⁶, il n'est pas certain qu'ils seraient en mesure de justifier qu'une telle concertation n'a pas, par ailleurs, influencé d'une manière quelconque leur comportement sur le marché, notamment par des réactions individuelles plus efficaces à la concurrence des importations soupçonnées par eux être effectuées en dumping. La pratique concertée ainsi établie entre les producteurs soutenant une plainte ne constituerait toutefois une infraction à la concurrence que si elle avait pour objet ou pour effet de restreindre la concurrence. Si l'objet restrictif est peu probable compte tenu de la finalité revendiquée – la plainte antidumping –, il n'est pas exclu qu'un effet préjudiciable à la concurrence puisse être établi.

469. Pour évaluer une telle répercussion éventuelle, la structure du marché concerné, la nature des informations échangées et les modalités de l'échange devraient être pris en compte. La structure du marché varie selon le produit dont les importations sont soupçonnées être effectuée en dumping : elle peut être atomisée du côté de l'offre ou caractérisée par la présence d'un oligopole étroit.

470. La nature des informations concernées est, en revanche, moins variable. Une liste des informations à fournir est contenue dans le règlement de base¹⁶⁹⁷. Elle est

¹⁶⁹⁵ En principe, un tel risque n'existe pas en matière antitrust puisqu'une plainte est normalement individuelle (pas de condition de soutien d'une majeure partie de l'industrie concernée), ce qui n'exclut pas qu'il puisse exister une multiplicité de plaintes dénonçant le (ou les) même(s) comportement(s) anticoncurrentiel(s).

¹⁶⁹⁶ Faute de quoi il suffirait de prétendre préparer une plainte antidumping pour justifier des réunions et des échanges d'informations entre concurrents.

¹⁶⁹⁷ Article 5, paragraphe 2, a) à d), du règlement de base.

détaillée dans un manuel sur la présentation des plaintes rédigé et rendu public par la Commission¹⁶⁹⁸. Ainsi la législation de base requiert-elle que la plainte contienne, *inter alia*, une description du volume et de la valeur de la production communautaire du produit similaire, une liste de tous les producteurs européens connus et une description du volume et de la valeur de la production du produit similaire que représentent ces producteurs¹⁶⁹⁹. À ces informations relatives à des concurrents européens doivent être adjointes des données concernant leurs compétiteurs du (ou des) pays tiers concerné(s) : ainsi doivent figurer dans la plainte des renseignements portant sur les prix du produit en question sur le marché intérieur du pays d'origine ou d'exportation ou, le cas échéant, sur la valeur construite dans ce pays – autrement dit sur les coûts de ces producteurs étrangers concurrents¹⁷⁰⁰ – (afin d'évaluer la valeur normale), et des renseignements sur les prix à l'exportation ou sur les prix auxquels le produit importé est revendu pour la première fois à un acheteur indépendant dans la Communauté¹⁷⁰¹ (pour déterminer le prix à l'exportation).

Sont aussi exigées des informations sur l'évolution du volume et des prix des importations présumées en dumping, et des données concernant leur effet sur les prix des producteurs communautaires et leur incidence sur l'industrie de l'Union¹⁷⁰², ce qui permettra d'apprécier le préjudice subi par cette dernière. À propos de ces données, le manuel précise que celles relatives à l'évolution des ventes et des prix doivent indiquer la tendance sur une durée de trois à cinq ans, alors que celles concernant la sous-cotation des prix de l'industrie de l'Union doivent se rapporter à une période récente. Le manuel détaille également les informations devant être communiquées au titre des multiples facteurs de préjudice. Celles relatives à la consommation du produit dans l'Union (production européenne et importations), au volume et à la part de marché des importations alléguées faire l'objet d'un dumping

¹⁶⁹⁸ Ce guide, intitulé *Plaintes antidumping : contenu et présentation*, n'est pas publié au JOUE mais disponible sur le site Internet de la Commission : http://trade.ec.europa.eu/doclib/cfm/doclib_results.cfm?docId=112295. Il ne s'agit pas d'un *formulaire*, à l'instar de celui existant en matière de plainte antitrust (publié au JOCE C 101, 27 avril 2004, p. 77, en annexe de la *Communication de la Commission relative au traitement par la Commission des plaintes déposées au titre des articles 81 et 82 du traité CE*), mais d'un *manuel* dont le double objectif est d'expliquer aux plaignants éventuels comment présenter leur plainte et de préciser les informations dont la Commission a besoin pour déterminer s'il y a lieu d'ouvrir une procédure (ce qu'elle doit décider dans les quarante-cinq jours suivants le dépôt de la plainte) (v. paragraphes 1 et 5).

¹⁶⁹⁹ Article 5, paragraphe 2, a), du règlement de base.

¹⁷⁰⁰ Article 5, paragraphe 2, c), du règlement de base.

¹⁷⁰¹ *Ibid.*

¹⁷⁰² Article 5, paragraphe 2, d), du règlement de base.

et aux prix de ces importations, concernent l'Union dans son ensemble. En revanche, les données se rapportant aux autres facteurs ne portent que sur les plaignants : sont concernés la sous-cotation des prix de ces plaignants, leur production, leurs capacités et l'utilisation de celles-ci, leurs ventes et parts de marché dans l'Union et leurs exportations, leurs prix de vente dans l'Union, leurs coûts de production fixes et variables liés aux produits en cause, leur rentabilité, leur niveau d'emploi, les variations de leurs stocks et leurs investissements¹⁷⁰³.

Il ressort des développements précédents que la plainte doit réunir de nombreuses informations sensibles, notamment sur les prix et les quantités produites, relatives à un grand nombre des entreprises en concurrence horizontale sur le marché concerné. Certaines de ces données sont publiques, provenant notamment d'Eurostat¹⁷⁰⁴, d'études de marché, des statistiques d'exportations des pays exportateurs concernés, des articles de revues spécialisées, etc. D'autres peuvent être estimées, par exemple s'agissant des ventes de producteurs européens ne soutenant pas la plainte. Certaines sont individuelles et confidentielles, en particulier celles fournies par les producteurs européens soutenant la plainte à propos de leurs coûts, volumes, prix, rentabilité, stock, investissements, etc.

Une partie des informations que doit contenir une plainte ne concerne pas les entreprises plaignantes elles-mêmes, mais leurs concurrentes de pays tiers et/ou les exportateurs et importateurs du produit concerné. Souvent partielles et imprécises, bien que suffisantes pour ouvrir une enquête qui permettra de déterminer précisément les prix et/ou les coûts de ces concurrents extra-communautaires et d'établir ou non un dumping, ces informations apparaissent néanmoins susceptibles de réduire le degré d'incertitude sur le fonctionnement du marché en cause.

471. Quant aux modalités de réunion des informations, ce sont elles qui, dans le plus grand nombre des cas, permettent d'écarter le risque d'échange d'informations anticoncurrentiel. En effet, s'il est loisible à des sociétés agissant à titre individuel de soumettre une plainte directement à la Commission, le plus fréquemment, un tiers est désigné par les producteurs européens concernés en vue de la préparer et de la

¹⁷⁰³ Guide *Plaintes antidumping : contenu et présentation*, préc. (paragraphe 59 à 92).

¹⁷⁰⁴ Eurostat est l'autorité statistique de l'Union européenne. C'est un service de la Commission ayant à sa tête un directeur général. Créée en 1953, elle est chargée de fournir à l'Union européenne (et avant elle à la CECA et à la CEE, devenu CE) de nombreuses statistiques au niveau européen (complétant les statistiques nationales) et d'en assurer la diffusion.

déposer. Ce tiers, personne physique ou morale, association professionnelle préexistante ou association créée spécialement, pourvue ou non de personnalité juridique, est choisi comme représentant agissant au nom de l'industrie de l'Union concernée¹⁷⁰⁵. Il est chargé de collecter les informations nécessaires et de les présenter à la Commission. En pratique, ce tiers, association professionnelle, est fréquemment lui-même à l'initiative de la plainte, ce qui rend inutile une réunion¹⁷⁰⁶ des producteurs préalable à sa désignation qui pourrait être suspecte au regard des règles antitrust.

Les données individuelles collectées auprès des entreprises soutenant la plainte sont normalement globalisées en vue de leur présentation à la Commission. Par conséquent, si la confidentialité est respectée au stade de leur collecte par le tiers désigné pour préparer la plainte, et si seules des données globalisées sont accessibles aux producteurs soutenant la plainte, le risque d'échange d'informations sensibles au regard des préoccupations antitrust apparaît faible, voire totalement évité. Par ailleurs, le Guide de présentation des plaintes indique que, « *lorsqu'une plainte est déposée au nom de plusieurs entreprises, les données qui, pour des raisons de confidentialité, ne sont pas susceptibles d'être globalisées, doivent être envoyées directement à la Commission* »¹⁷⁰⁷. En outre, une version non confidentielle de la plainte, à laquelle auront accès toutes les parties intéressées (importateurs, exportateurs, autres producteurs européens...), doit être remise à la Commission en même temps que la version confidentielle, en y expurgeant les données constituant des secrets d'affaires, remplacées par des indications de tendances et/ou de niveaux des données¹⁷⁰⁸.

Les collectes et globalisation effectuées dans le but légitime de déposer une plainte antidumping ne sont pas, en tant que telle, préoccupantes du point de vue de la concurrence. En revanche, si les informations sensibles recueillies aux fins du dépôt de plainte étaient partagées entre les entreprises concurrentes qui les fournissent à ce tiers collecteur, l'échange superfétatoire pourrait être anticoncurrentiel.

¹⁷⁰⁵ V. article 5, paragraphe 1, du règlement de base.

¹⁷⁰⁶ Une seule réunion pouvant suffire pour caractériser un échange d'information anticoncurrentiel : v. CJCE, 4 juin 2009, *T-Mobile Netherlands BV e.a.*, préc. (pt 59).

¹⁷⁰⁷ Guide *Plaintes antidumping : contenu et présentation*, préc. (paragraphe 15).

¹⁷⁰⁸ Tels que des indices indiquant la variation des prix (en lieu et place des prix eux-mêmes), ou des chiffres différents des nombres réels, en précisant que les chiffres réels ont été modifiés de plus ou moins 10% : v. Annexe 3 du Guide *Plaintes antidumping : contenu et présentation*, préc.

472. À moins d'avoir lieu dans le cadre d'un oligopole étroit, il est peu probable qu'une communication aux entreprises plaignantes de données agrégées par l'organisation professionnelle qui les a collectées auprès de chacune d'elles puisse produire des effets restrictifs sur la concurrence. Un tel échange est insuffisamment susceptible de faciliter une collusion anticoncurrentielle, en l'occurrence entre les entreprises de l'industrie de l'Union soutenant la plainte. Toutefois, de même que « dans le cadre de l'examen d'opérations de concentration, les autorités de concurrence sont sensibles aux risques de divulgations, entre sociétés parentes, d'informations sensibles détenues par l'une d'elles sur des entreprises en concurrence avec la seconde », dont la transmission « risquerait de fausser la concurrence en conférant un avantage indu à l'entreprise qui en bénéficierait au détriment de ses concurrents »¹⁷⁰⁹, par analogie, dans une procédure antidumping, la Commission devrait être attentive aux risques de communication, entre entreprises soutenant la plainte antidumping, d'informations sensibles réunies en vue du dépôt de cette plainte, concernant ces entreprises en concurrence et leurs concurrents de pays tiers ainsi que, le cas échéant, les concurrents européens ne soutenant pas la plainte. Une telle communication serait susceptible de fausser la concurrence entre, d'une part, les producteurs européens soutenant une plainte et, d'autre part, tous les autres producteurs.

§ II. Les restrictions collatérales liées au résultat escompté d'une procédure antidumping

473. Le résultat que les plaignants escomptent d'une procédure antidumping est l'adoption de mesures définitives de défense contre le dumping, le cas échéant précédées de mesures provisoires, autrement dit une protection efficace contre des importations en dumping leurs causant un préjudice. Des restrictions de concurrence, publiques et privées, peuvent intervenir en relation avec ce résultat espéré, soit comme substitut aux mesures de défense commerciale, soit comme obstacle à l'institution de telles mesures. Les premières résultent d'alternatives à l'institution de mesures antidumping, auxquelles des personnes publiques ou privées ont recours, en

¹⁷⁰⁹ Autorité de la concurrence, « Les échanges d'informations », Études thématiques, *Rapport annuel 2009*, p. 105-147 ; ici p. 115.

lieu et place des mesures de défense commerciale qui auraient pu être prises, ou au moins sollicitées (**A.**). Les secondes entravent la mise en œuvre de la réaction antidumping : elles provoquent l'institution de mesures différentes de celles qui auraient pu être prises en leur absence, ou conduisent à une clôture de la procédure sans institution de mesure, ou impactent l'application des mesures instituées (**B.**)¹⁷¹⁰.

A. Les restrictions alternatives à l'institution de mesures antidumping

474. Deux formes de pratiques illicites, utilisées parfois comme alternatives à l'adoption de mesures antidumping, peuvent s'avérer néfastes pour la libre concurrence. Les premières, en principe révolues, émanaient d'autorités publiques du pays importateur ou du pays exportateur, voire de ces deux pays : les mesures dites de *zone grise* (1°). Les secondes, probablement persistantes, sont imputables aux seules entreprises concernées par la situation de dumping que les mesures pourraient neutraliser si elles étaient sollicitées et adoptées : les ententes formées pour résoudre le problème posé aux parties à la collusion par d'actuelles ou potentielles importations en dumping (2°).

1° Les alternatives restrictives constituées par les mesures grises

475. Jusqu'à leur prohibition explicite par l'article 11.1 du premier Accord sur les sauvegardes, adopté en 1994¹⁷¹¹, des mesures dites « *de la zone grise* »¹⁷¹² – ou « *mesures de zone grise* »¹⁷¹³ ou « *mesures grises* »¹⁷¹⁴ – étaient parfois adoptées en

¹⁷¹⁰ Le fait que l'un des soucis majeurs de la politique commerciale d'une entreprise en position dominante sur le marché pertinent soit d'assurer le maintien des mesures antidumping instaurées par le Conseil à l'encontre de producteur étranger ne constitue pas une exploitation abusive de sa position dominante. Dans sa décision *Solvay*, la Commission relevait une telle circonstance dans la partie en fait de la décision, sans en déduire aucune conséquence de droit, ce qui semble justifiée puisqu'un simple désir de voir maintenues des mesures légitimement prises par les institutions de l'Union ne saurait, en soi, constituer un abus : v. décision n° 91/299/CEE de la Commission, du 19 décembre 1990, relative à une procédure d'application de l'article 86 du traité CEE (IV/33.133-C : *Carbonate de soude – Solvay*), *JOCE* L 152, 15 juin 1991, p. 21 (paragraphe 10-11) ; v. également, décision n° 91/300/CEE de la Commission, du 19 décembre 1990, relative à une procédure d'application de l'article 86 du traité CEE (IV/33.133-D : *Carbonate de soude – ICI*), *JOCE* L 152, 15 juin 1991, p. 40 (paragraphe 11).

¹⁷¹¹ Accord annexé à l'Accord sur l'OMC, publié au *JOCE* L 336, 23 décembre 1994, p. 184.

¹⁷¹² Dans la terminologie de l'OMC : http://www.wto.org/french/tratop_f/safeg_f/safeg_f.htm, utilisée par Dominique CARREAU et Patrick JUILLARD, *Droit international économique*, 5^{ème} éd., Paris, Dalloz, 2013, 802 p. ; spéc. p. 258 et s.

¹⁷¹³ Formulation utilisée par Pierre DIDIER, *Les principaux accords de l'OMC et leur transposition dans la Communauté européenne, I, Les Instruments de Politique Commerciale, Dumping*,

lieu et place des mesures antidumping¹⁷¹⁵. Ces mesures grises, consistant en arrangements divers, tels que des quotas d'importation, des limitations volontaires des exportations ou des cartels d'importations imposés, qui enfreignaient « *plus ou moins clairement, un ou plusieurs principes du GATT (d'où leur surnom de "mesures grises")* »¹⁷¹⁶, étaient devenues fréquentes durant les années soixante-dix et quatre-vingt. Elles constituaient un contournement des règles du GATT, notamment de son article XIX relatif aux mesures de sauvegarde¹⁷¹⁷, motivé par l'absence de sélectivité des mesures autorisées par cet article. Celui-ci permet, sous conditions¹⁷¹⁸, de recourir à des augmentations des droits de douanes et/ou à des restrictions quantitatives applicables à toutes les importations du produit considéré, quelle que soit leur origine. La mesure de sauvegarde ne peut être discriminatoire et doit s'appliquer aux importations en provenance de tous les pays exportateurs. Elle ne saurait sélectivement viser les importations d'un pays particulier. Par ailleurs, elle expose le pays qui l'adopte à des *rétorsions* de la part des pays affectés, sous forme de suspension de concessions ou d'autres obligations substantiellement équivalentes

Subventions, Sauvegardes - Les marchés publics, Bruxelles, Bruylant, 1997, 646 p. ; spéc. p. 300-309.

¹⁷¹⁴ Expression utilisée par Pierre JACQUET, Patrick MESSERLIN et Laurence TUBIANA, *Le cycle du millénaire, rapport, Conseil d'analyse économique*, Paris, La documentation française, 1999, 145 p. ; spéc. p. 56.

¹⁷¹⁵ L'article 11, intitulé « *Prohibition et élimination de certaines mesures* », dispose en son paragraphe 1 : « *a) Un Membre ne prendra ni ne cherchera à prendre de mesures d'urgence concernant l'importation de produits particuliers, telles qu'elles sont définies à l'article XIX du GATT de 1994, que si de telles mesures sont conformes aux dispositions de cet article appliquées conformément aux dispositions du présent accord. b) En outre, un Membre ne cherchera pas à prendre, ne prendra ni ne maintiendra de mesure d'autolimitation des exportations, d'arrangement de commercialisation ordonnée ou toute autre mesure similaire à l'exportation ou à l'importation. Sont incluses les mesures prises par un seul Membre et celles qui relèvent d'accords, d'arrangements et de mémorandums d'accords signés par deux Membres ou plus. Toute mesure de ce genre qui sera en application à la date d'entrée en vigueur de l'Accord sur l'OMC sera rendue conforme au présent accord ou éliminée progressivement, conformément aux dispositions du paragraphe 2.* ». La note n° 4 précise : « *Exemples de mesures similaires : modération des exportations, systèmes de surveillance des prix à l'exportation ou à l'importation, surveillance des exportations ou des importations, cartels d'importation imposés et régimes de licence d'exportation ou d'importation discrétionnaires qui assurent une protection* ».

¹⁷¹⁶ Pierre JACQUET, Patrick MESSERLIN et Laurence TUBIANA, *Le cycle du millénaire, rapport, Conseil d'analyse économique, La documentation française, op. cit.* ; spéc. p. 56.

¹⁷¹⁷ V., en particulier, la présentation de l'article XIX et des mesures grises par Dominique CARREAU et Patrick JUILLARD, *Droit international économique*, 5^{ème} éd., *op. cit.* ; spéc. p. 258 et s.

¹⁷¹⁸ Leur institution est soumise à trois séries de conditions : des importations accrues et massives du produit considéré, ayant pour double origine une évolution imprévue des circonstances et des concessions tarifaires et autres engagements pris par le pays importateur dans le cadre du GATT, et causant un dommage grave à l'industrie de ce pays. Ces importations préjudiciables sont considérées loyales, contrairement à celles subventionnées ou faisant l'objet d'un dumping.

résultant du GATT. L'absence de sélectivité et les contraintes liées au recours à l'article XIX avait conduit certaines parties, notamment les États-Unis et la Communauté européenne, à le détourner au moyen d'accords d'autolimitation ou de commerce ordonné.

476. L'une des circonstances de recours à ces mesures grises était la menace de procédures antidumping. Dans un rapport de 1988, le Parlement européen remarquait qu'en réaction aux fréquents recours des États-Unis et de la Communauté européenne à leurs instruments antidumping et antisubventions pour protéger leurs marchés intérieurs, en particulier dans les secteurs de la sidérurgie, des textiles, de la construction automobile et de l'électronique grand public, « *les pays fournisseurs [préféraient] contracter des accords d'autolimitation des exportations ou de commercialisation ordonnée pour éviter que leurs exportations ne fassent l'objet de droits anti-dumping ou de droits compensateurs* »¹⁷¹⁹. Il ressort également d'une note du Secrétariat du GATT sur les mesures grises, rédigée en 1987¹⁷²⁰, que, dans certains cas, de telles mesures avaient été adoptées à la suite de la détermination d'un dumping préjudiciable, ou simplement en réaction à la menace d'une enquête antidumping. Ainsi, aux mesures prévues par l'encadrement antidumping, unilatéralement imposées par un pays importateur, étaient préférées des restrictions volontairement négociées entre pays importateur et exportateur.

L'institution par le Japon, en 1987, d'un système de prix *minima* et de restrictions quantitatives à l'exportation de chariots élévateurs vers la Communauté, suite à des menaces de plaintes antidumping, est un exemple de mesure grise constituant une alternative à l'ouverture d'une procédure antidumping et, éventuellement, *in fine*, à l'adoption d'une mesure de défense commerciale¹⁷²¹. Antérieurement, en 1983, la Commission avait clos une procédure antidumping au motif que, postérieurement à son ouverture, « *des arrangements [avaient] été convenus entre la Communauté et le*

¹⁷¹⁹ Parl. eur., *Rapport fait au nom de la Commission des relations économiques extérieures sur le protectionnisme dans les relations commerciales entre la Communauté européenne et les États-Unis d'Amérique*, documents de séance A2-0089/88, 31 mai 1988, exposé des motifs d'une proposition de résolution, point III.1.

¹⁷²⁰ *Background Note by the Secretariat on "Grey-Area Measures"*, 16 septembre 1987, MTN.GNG/NG9/W/6 (paragraphe 9(b) et 10(b)).

¹⁷²¹ V., à cet égard, Pierre DIDIER, *Les principaux accords de l'OMC et leur transposition dans la Communauté européenne*, op. cit. ; spéc. p. 303, visant le *Report on the WTO Consistency of Trade Policies by Major Trading Partners, Japon, Industrial Structure Council*, mars 1995 ; spéc. p. 132 et s.

*gouvernement d’Afrique du Sud en ce qui concerne les échanges de produits sidérurgiques, notamment des produits faisant l’objet de l’enquête »*¹⁷²². La même année, une clôture de procédure intervenait compte tenu d’un retrait de plainte « à la suite de la mise en œuvre de la décision unilatérale prise par les autorités japonaises de modérer en 1983 et 1984 leurs exportations d’appareils d’enregistrement ou de reproduction des images et du son en télévision [...] et d’instituer un système de prix plancher »¹⁷²³. Dix ans plus tard, dans l’affaire des *tubes et tuyaux sans soudure originaires de Hongrie, Pologne, Croatie, Slovaquie et Tchèque*, aucune mesure antidumping n’était prise à l’égard des importations en provenance des républiques Slovaque et Tchèque, nonobstant la détermination de l’existence d’importations en dumping causant un préjudice important, dès lors que « *compte tenu des négociations d’accords commerciaux* » avec ces deux pays « *pour les années 1993 à 1995 [...] il n’[était] pas approprié [...] de prendre des mesures de protection à [leur] égard* »¹⁷²⁴. La Commission pouvait ensuite clore la procédure en estimant qu’en raison du « *système de contingentements tarifaires* », mis en place dans le cadre de l’accord commercial conclu, ayant pour « *effet de supprimer les conséquences préjudiciables des importations faisant l’objet d’un dumping* », « *les mesures de protection* » à l’égard des pays concernés étaient « *manifestement superflues* »¹⁷²⁵. Peu après

¹⁷²² Décision n° 83/334/CECA de la Commission, du 4 juillet 1983, portant clôture de la procédure anti-« dumping » concernant certains profilés en U ou en I, en fer ou en acier, originaires d’Afrique du Sud, *JOCE* L 181, 6 juillet 1983, p. 26.

¹⁷²³ Décision n° 83/126/CEE de la Commission, du 30 mars 1983, portant clôture de la procédure anti-« dumping » concernant les importations d’appareil d’enregistrement ou de reproduction des images et du son en télévision originaires du Japon, *JOCE* L 86, 31 mars 1983, p. 23.

¹⁷²⁴ Règlement (CEE) n° 1189/93 du Conseil, du 14 mai 1993, instituant des droits antidumping définitifs sur les importations de certains tubes et tuyaux sans soudure, en fer ou en acier non allié, originaires de Hongrie, de Pologne et de la République de Croatie, et portant perception définitive des droits antidumping provisoires, *JOCE* L 120, 15 mai 1993, p. 34 : des mesures étaient ainsi adoptées relativement aux importations des trois autres pays concernés, et les droits provisoires antérieurement institués étaient définitivement perçus pour les importations effectuées jusqu’au 31 décembre 1992, y compris sur les importations tchèques et slovaques.

¹⁷²⁵ Décision n° 93/526/CEE de la Commission, du 6 octobre 1993, portant clôture de la procédure antidumping concernant les importations de certains tubes et tuyaux sans soudure, en fer ou en acier non allié, originaires de la République tchèque et de la République slovaque, *JOCE* L 252, 9 octobre 1993, p. 39 (paragraphe 3-6). Ces contingentements tarifaires avait été mis en place le Conseil (*JOCE* L 180, 23 juillet 1993, p. 1) à la suite de décisions du comité mixte CE-République tchèque et République slovaque (*JOCE* L 157, 29 juin 1993 p. 59 et p. 67), agissant conformément à l’accord intérimaire concernant l’exportation vers la Communauté de certains produits sidérurgiques de la République tchèque et de la République slovaque.

l'expiration de cet accord d'autolimitation des exportations, la Commission ouvre une nouvelle procédure antidumping¹⁷²⁶.

2° Les alternatives restrictives constituées par les ententes antidumping

477. Dans le corpus décisionnel antitrust de la Commission européenne, plusieurs affaires illustrent la mise en œuvre d'ententes, souvent internationales, en vue, notamment, de prévenir ou de mettre fin à des pratiques de dumping¹⁷²⁷. Même si la réaction au dumping ne constitue généralement que l'un des aspects des cartels examinés, l'expression *ententes antidumping* semble adéquate pour les désigner.

478. Le premier exemple d'une telle entente est l'accord obligeant les parties à s'abstenir d'actes de dumping. Tel était le cas des « *règles IFTRA pour les producteurs d'aluminium brut* »¹⁷²⁸. La Commission considéra que l'engagement de ne pas pratiquer de dumping et l'instauration de règles privées à cette fin constituaient un accord ayant pour objet et pour effet de restreindre la concurrence, au sens de l'actuel article 101 TFUE. En ce qui concerne l'interdiction pour les ventes à destination ou en provenance des pays tiers¹⁷²⁹, la Commission relevait que « *l'appréciation d'opérations qualifiées de dumping, ainsi que le choix des mesures défensives éventuelles en application des règles de droit positif relatives au dumping, constituent une tâche qui, sous peine de risquer des abus, ne saurait être accomplie*

¹⁷²⁶ Avis d'ouverture d'une procédure antidumping concernant les importations de certains tubes et tuyaux sans soudure, en fer ou en acier non allié, originaires de Russie, de République tchèque, de Roumanie et de Slovaquie, *JOCE* C 253, 31 août 1996, p. 26. La procédure ainsi ouverte a conduit à l'institution, en 1997, de mesures antidumping (droits définitifs et engagements) à l'encontre, notamment, des importations tchèques et slovaques.

¹⁷²⁷ D'autres affaires montrent qu'une entente pouvait être conclue comme alternative à une demande de mesure de sauvegarde : ainsi, dans l'affaire des *champignons*, un accord avait été passé entre les producteurs français et taiwanais en janvier 1973, les premiers craignant une perturbation grave du marché à partir de fin 1972. Dans la décision sanctionnant l'entente, la Commission remarquait que « *même pour le cas où les producteurs français mis en cause auraient été fondés à craindre dès la fin de l'année 1972 une perturbation grave du marché dans des conditions telles que celles admises par la Commission dans son règlement (CEE) n° 2107/74 du 8 août 1974* » (instituant des mesures de sauvegarde sur les importations de conserves de champignons, à partir du 26 août 1974, en raison des perturbations graves résultant des importations massives à des prix très bas constatées en 1973 et dans les six premiers mois de 1974), « *il ne leur appartenait pas, pour pallier cette situation, de prendre l'initiative, ou même de participer, à une infraction au traité* » : décision n° 75/77/CEE de la Commission, du 8 janvier 1975, relative à une procédure d'application de l'article 85 du traité CEE (IV/27.039 – *Conserves de champignons*), *JOCE* L 29, 3 février 1975, p. 26 (section IV, paragraphe 2).

¹⁷²⁸ Décision n° 75/497/CEE (IV/27.000 – *règles IFTRA pour les producteurs d'aluminium brut*), préc.

¹⁷²⁹ L'engagement portant également sur les actes de dumping intra-communautaire, nonobstant la circonstance que l'article 91 CEE qui aurait seul pu être applicable à de tels actes, avait cessé d'être applicable à l'époque des faits.

par qui que ce soit d'autre que l'autorité compétente » (en l'occurrence elle-même), elle seule étant « *habilitée pour apprécier en particulier, au terme d'un examen nécessairement complexe et long, s'il est justifié de porter atteinte à la libre circulation des marchandises par des mesures anti-dumping* »¹⁷³⁰. Elle soulignait que l'article VI du GATT ne constitue pas « *une source de droit positif directement applicable aux entreprises* », et que les normes positives européennes n'ouvrent « *aux entreprises lésées ou se considérant comme telles que le droit de solliciter l'intervention éventuelle des autorités compétentes* »¹⁷³¹.

479. Un deuxième exemple d'une telle entente survient lorsque, confrontées à un préjudice actuel ou potentiel résultant d'importations en dumping, des entreprises décident de s'entendre sur les prix et/ou de se répartir les marchés, au lieu de solliciter l'adoption de mesures antidumping. Elles préfèrent alors la voie périlleuse de l'entente illicite à celle de la plainte, unique action licite pour une entreprise européenne confrontée au dumping. Ainsi, dans l'affaire du *groupe des producteurs de zinc*, les parties à l'entente tentaient de justifier la fixation d'un prix producteur et l'adoption de mesures de soutien des prix par leur besoin d'empêcher des pratiques de dumping de la part des pays à commerce d'État. La Commission écarta leur argument en indiquant que « *la prévention de prétendues pratiques de dumping ne justifie pas le recours à des accords privés conclus entre concurrents et visant à intervenir sur les prix et sur les marchés* »¹⁷³². Un argument similaire fut pourtant ultérieurement invoqué par les parties à l'entente de l'*acide citrique*¹⁷³³.

Par ailleurs, à propos des *arrangements sur l'aluminium* entre producteurs européens et organisations de commerce extérieur des pays de l'Est, pour stabiliser les prix, partager les marchés, et refuser aux utilisateurs qui ne participaient pas aux

¹⁷³⁰ Décision n° 75/497/CEE (IV/27.000 – *règles IFTRA pour les producteurs d'aluminium brut*), préc. ; ici section III. A. de la décision, p. 9 du JOCE L 228, 29 août 1975.

¹⁷³¹ *Ibid.* ; ici p.10 du JOCE L 228, 29 août 1975.

¹⁷³² Décision n° 84/405/CEE de la Commission, du 6 août 1984, relative à une procédure d'application de l'article 85 du traité CEE (IV/30.350 – *Zinc Producer Group*), JOCE L 220, 17 août 1984, p. 27 (ici paragraphe 73).

¹⁷³³ La Commission rejeta l'argument selon lequel « *le fait que les accords "constituaient également une mesure de défense contre les importations bon marché de Chine, qui provoquaient de graves distorsions de la concurrence", devrait permettre de réduire le montant de l'amende* », en affirmant qu'« *il n'appartient certainement pas aux principaux opérateurs d'un segment de marché donné d'entreprendre des actions concertées quant aux prix qu'ils facturent à leur clients, afin de compenser, de quelque manière que ce soit, les stratégies de dumping des entreprises de pays tiers* » : décision n° 2002/742/CE de la Commission (COMP/E-1/36.604 – *Acide citrique*), préc. (paragraphe 290-291).

arrangements l'accès à des sources d'approvisionnement non contrôlées par les producteurs occidentaux, la Commission rejeta l'argument selon lequel ces accords illicites auraient eu les mêmes effets que l'imposition de droits antidumping sur les importations d'aluminium des pays de l'Est concernés. Outre qu'elle soulignait que des personnes privées ne sauraient s'arroger des fonctions publiques et décider elles-mêmes du degré de concurrence qui devrait exister en Europe, elle remarquait les différences fondamentales entre, d'une part, une mesure publique prise en tenant compte des droits et des intérêts des tiers, ainsi que de l'intérêt général, et uniformément applicable à toutes les parties intéressées et, d'autre part, une entente constituée au seul profit des participants et ne tenant aucun compte de ces autres préoccupations¹⁷³⁴.

Dans l'affaire du *saumon norvégien*, les difficultés de l'industrie norvégienne, associées à l'ouverture d'une procédure antidumping, avaient poussé l'association de pisciculteurs norvégiens à adopter un système de prix minimaux, couplé à un programme de congélation visant à réduire les quantités commercialisées, puis à contacter les associations de producteurs dans la Communauté, afin qu'elles prennent des mesures de soutien pour garantir le respect, par leurs membres, de la discipline tarifaire norvégienne¹⁷³⁵. Était ainsi formé un accord ayant pour objet de fixer des prix minimaux, dont certains des participants communautaires étaient à l'origine d'une procédure antidumping finalement clôturée, compte tenu de la stabilisation des prix résultant de cet accord et de mesures prises par le gouvernement norvégien¹⁷³⁶.

480. Au titre de leurs engagements inscrits dans l'article 11.3 de l'Accord sur les sauvegardes à l'égard des mesures privées équivalentes aux mesures de zone grise

¹⁷³⁴ Décision n° 85/206/CEE de la Commission, du 19 décembre 1984, relative à une procédure d'application de l'article 85 du traité CEE (IV/26.870 – *Importations d'aluminium d'Europe de l'Est*), *JOCE* L 92, 30 mars 1985, p. 1 (paragraphe 12.2). La Commission réfutait, également, l'argument distinct de l'incapacité de la législation antidumping à fournir une protection adéquate dans le cas d'importations par des organismes de commerce extérieur en raison des difficultés d'établissement des prix du marché intérieur de pays à commerce d'État, en soulignant que « *des entreprises ne sont pas autorisées à conclure des accords restrictifs qui lèsent les intérêts des concurrents et des consommateurs, au simple motif qu'elles estiment que la législation existante n'est pas adéquate ou adaptée à leurs besoins* » (*ibid.*).

¹⁷³⁵ Décision n° 92/444/CEE de la Commission, du 30 juillet 1992, relative à une procédure d'application de l'article 85 du traité CEE (IV/33.494 – *Scottish Salmon Board*), *JOCE* L 246, 27 août 1992, p. 37.

¹⁷³⁶ Décision n° 91/142/CEE de la Commission, du 15 mars 1991, portant clôture de la procédure antidumping concernant les importations de saumon de l'Atlantique originaires de Norvège, *JOCE* L 69, 16 mars 1991, p. 32.

proscrites, les Membres de l'OMC sont tenus de lutter, notamment, contre les ententes antidumping. Aux termes de cette disposition, « [l]es Membres n'encourageront ni ne soutiendront l'adoption ou le maintien en vigueur, par des entreprises publiques et privées, de mesures non gouvernementales équivalentes à celles qui sont visées au paragraphe 1 », autrement dit équipollentes à des mesures « d'autolimitation des exportations, d'arrangement de commercialisation ordonnée ou autre mesure similaire à l'exportation ou à l'importation »¹⁷³⁷. Selon un auteur, l'article 11.3 implique « l'interdiction faite aux Membres non seulement de prendre une part quelconque à la conclusion ou au fonctionnement de tels accords mais encore de tolérer leur existence lorsque leur droit interne de la concurrence leur permet d'(les obliger à) agir. En effet, une absence d'action à l'encontre de cartels privés serait une violation manifeste de la bonne foi due aux actes (l'Accord sur les sauvegardes n'a aucune signification si les membres concernés choisissent de ne pas agir à l'encontre de mesures privées de substitution) et de l'interdiction explicite de soutenir le maintien de pratiques restrictives »¹⁷³⁸. Ainsi les ententes antidumping ne devraient plus être tolérées et la seule réaction licite au dumping devrait être l'ouverture d'une procédure et, le cas échéant, l'adoption de mesures de défense commerciale.

B. Les restrictions interférant avec la mise en œuvre de la réaction antidumping

481. L'existence d'une restriction de concurrence, imputable à tout ou partie de l'industrie européenne du produit similaire à celui faisant l'objet d'un dumping, peut interférer avec l'application de la réaction antidumping soit en contrariant l'institution de mesures de défense (1°), soit en interférant avec l'application des mesures adoptées, notamment en provoquant leur réexamen (2°).

¹⁷³⁷ Sachant que les « cartels d'importation imposés » sont un exemple d'une telle « mesure similaire » d'après la note n° 4 sous l'article 11.1. Ainsi, les cartels imposés constituent des mesures grises (publiques), alors que les cartels encouragés ou soutenus sont des mesures équivalentes (privées) à des mesures grises.

¹⁷³⁸ Pierre DIDIER, *Les principaux accords de l'OMC et leur transposition dans la Communauté européenne, I, Les Instruments de Politique Commerciale, Dumping, Subventions, Sauvegardes - Les marchés publics*, Bruxelles, Bruylant, 1997, 646 p. ; ici p. 305-306.

1° Les pratiques anticoncurrentielles contrariant l'adoption des mesures antidumping

482. Une restriction de concurrence peut constituer un obstacle à l'adoption d'une mesure antidumping ou conduire à l'édiction d'une mesure différente de celle qui, autrement, aurait été prise. L'interférence ici considérée peut être constatée à différentes étapes préalables à l'institution de mesures antidumping.

483. a) Le premier stade concerné est celui de la détermination du préjudice subi par l'industrie de l'Union et du lien de causalité entre ce préjudice et les importations faisant l'objet d'un dumping – *i.e.* la détermination du préjudice *lato sensu*¹⁷³⁹. La Commission a récemment reconnu et explicité qu'« *une attitude anticoncurrentielle peut fausser les constatations de préjudice. Ainsi les sociétés faisant partie d'un cartel auront des prix de vente plus élevés que dans des conditions concurrentielles normales. Cela influence, à son tour, l'analyse des prix, qui est une composante essentielle de l'examen du préjudice* »¹⁷⁴⁰. La position ici exprimée vise la détermination du préjudice *stricto sensu*. Mais c'est aussi, et même principalement, au niveau de l'examen des autres facteurs susceptibles de rompre le lien de causalité *a priori* établi entre le préjudice important et les importations déloyales¹⁷⁴¹, qu'une telle « *attitude concurrentielle* » doit être prise en considération. Si les producteurs européens ont, par leur comportement sur le marché, provoqué leur préjudice, ou contribué à celui-ci, la constatation d'un préjudice important imputable aux importations en dumping pourra s'en trouver affectée. Le lien de causalité établi entre le premier et les seconds pourra être rompu par un « *autre facteur* » de préjudice¹⁷⁴². Certes, la responsabilité des producteurs européens dans leur propre préjudice découle parfois d'une pratique commerciale licite. Mais la cause de leur dommage peut également se trouver dans un comportement anticoncurrentiel qui leur soit imputable.

¹⁷³⁹ V. *supra* n° 337 et s., et notes de bas de page n° 1032 et 1275.

¹⁷⁴⁰ Comm. eur., *Communication au Conseil et au Parlement européen relative à la modernisation des instruments de défense commerciale – Adapter les instruments de défense commerciale aux besoins actuels de l'économie européenne*, COM(2013) 191 final, 10 avril 2013, paragraphe 2.5.3.

¹⁷⁴¹ Sur ces deux étapes de l'établissement du lien de causalité, v. *supra* n° 344 et s.

¹⁷⁴² Au sens de l'article 3, paragraphe 7, du règlement de base ; sur ces autres facteurs, v. *supra* n° 346 et s.

C'est dans le cadre de l'évaluation de ces « *autres facteurs* » que les pratiques anticoncurrentielles soupçonnées dans l'affaire *Extramet* furent prises en considération et que le juge européen jugea, pour la première fois, que la Commission et le Conseil ont l'obligation « *d'examiner si le préjudice qu'ils entendent retenir découle effectivement des importations qui ont fait l'objet d'un dumping et d'écarter tout préjudice découlant d'autres facteurs, et notamment celui qui aurait sa cause dans le comportement propre des producteurs communautaires* »¹⁷⁴³. L'exigence procédurale ainsi dégagée a, ultérieurement, été réitérée dans les affaires *Mukand*, *Moser Baer India* et *AGST*¹⁷⁴⁴, devenant « *une jurisprudence constante* »¹⁷⁴⁵ et visant explicitement, comme « *autre facteur* », « *un comportement anticoncurrentiel impliquant les producteurs communautaires* »¹⁷⁴⁶. Elle a, en outre, été étendue aux cas où la pratique anticoncurrentielle alléguée n'est pas imputable à ces producteurs mais à une autre entreprise intervenant en amont¹⁷⁴⁷, ou à des fabricants d'un autre

¹⁷⁴³ CJCE, 11 juin 1992, *Extramet Industrie SA c/ Conseil*, aff. C-358/89, *Rec.* p. I-3813 (pts 16 & 19).

¹⁷⁴⁴ Il s'agit de trois affaires anti-subsidiation, et non antidumping, mais l'obligation est identique dans le cadre de ces deux branches de la défense commerciale : TPICE, 19 septembre 2001, *Mukand Ltd e.a. c/ Conseil*, aff. T-58/99, *Rec.* p. II-2521 ; TPICE, 4 octobre 2006, *Moser Baer India Ltd c/ Conseil*, aff. T-300/03, *Rec.* p. II-3911 (confirmé par CJCE, 3 septembre 2009, *Moser Baer India Ltd c/ Conseil*, aff. C-535/06 P, *Rec.* p. I-7051) et CJCE, 28 février 2008, *AGST Draht- und Biegetechnik GmbH*, aff. C-398/05, *Rec.* p. I-1057.

Par ailleurs, dans l'affaire antidumping du *silicium-métal de Russie*, le Tribunal a rappelé l'obligation procédurale énoncée dans l'arrêt *Extramet II*, et l'a appliqué à d'« *autres facteurs* » sans lien avec un comportement antitrust. En l'occurrence, des erreurs manifestes d'appréciation sont constatées dans l'examen des éventuels effets, sur la perte de volumes de vente de l'industrie communautaire, puis sur la baisse de ses prix de vente, de la contraction de la demande sur le marché du silicium-métal, de l'augmentation de la part de marché de l'industrie communautaire et de la circonstance qu'une grande partie du volume vendu par l'industrie communautaire à certains utilisateurs aurait migré vers d'autres utilisateurs : TPICE, 14 mars 2007, *Aluminium Silicon Mill Product GmbH c/ Conseil*, aff. T-107/04, *Rec.* p. II-669 (pt 72 et pt 81 à 118).

¹⁷⁴⁵ TPICE, 4 octobre 2006, *Moser Baer India Ltd c/ Conseil*, préc. (pt 260).

¹⁷⁴⁶ TPICE, 19 septembre 2001, *Mukand Ltd e.a. c/ Conseil*, préc. (pts 39 et 40) ; TPICE, 4 octobre 2006, *Moser Baer India Ltd c/ Conseil*, préc. (pt 260).

¹⁷⁴⁷ Dans l'affaire des *disques compacts pour l'enregistrement d'Inde (CD-R)* (arrêts *Moser Baer India*). Il était allégué que des redevances excessives étaient imposées aux producteurs communautaires par le titulaire des brevets portant sur les CD-R.

produit¹⁷⁴⁸. Par ailleurs, elle ne se cantonne pas à la détermination du lien de causalité, mais concerne aussi celle du préjudice *stricto sensu*¹⁷⁴⁹.

Surtout, outre le contrôle du respect par les institutions de l'exigence procédurale, le juge européen vérifie qu'elles n'ont pas commis d'erreur manifeste d'appréciation dans la prise en considération des éventuelles incidences de ces pratiques anticoncurrentielles sur le préjudice important et sur les facteurs autres que les importations pouvant avoir simultanément causé un préjudice à l'industrie de l'Union¹⁷⁵⁰.

484. À propos de la détermination du préjudice *stricto sensu*, l'existence d'une pratique anticoncurrentielle peut influencer sur les prix de l'industrie de l'Union à partir desquels est établie leur sous-cotation par les importations déloyales¹⁷⁵¹. Si ces prix sont artificiellement élevés en raison de comportements anticoncurrentiels, le calcul de la sous-cotation des prix communautaires par les prix en dumping est faussé, et la marge de préjudice établie sur cette base, plafonnant l'ampleur de la réaction antidumping, est artificiellement élevée.

Dans l'affaire *Mukand*, les requérantes prétendaient que les prix des barres en acier inoxydable de l'industrie communautaire avaient été augmentés artificiellement soit, d'après leur thèse principale abandonnée au cours de la procédure orale, par une application concertée de l'extra d'alliage par les producteurs européens de barres¹⁷⁵², soit, selon leur thèse subsidiaire maintenue à l'audience, par les répercussions sur les prix des barres de la pratique, en matière de produits plats en acier inoxydable, d'application concertée de l'extra d'alliage, pratique constatée et sanctionnée par la

¹⁷⁴⁸ Dans l'affaire *Mukand*, concernant les importations subventionnées de barres en acier inoxydable, et dans l'affaire *AGST*, concernant les importations en dumping de fils en acier inoxydable. Dans ces deux affaires étaient en cause les éventuelles répercussions, sur les prix communautaires de ces produits, de la fixation concertée du montant de l'extra d'alliage par les producteurs d'un autre produit, les produits plats en acier inoxydable, sanctionnée par la Commission dans sa décision *Extra d'alliage* (décision n° 98/247/CECA de la Commission, du 21 janvier 1998, relative à une procédure d'application de l'article 65 du traité CECA (IV/35.814 – *Extra d'alliage*), *JOCE* L 100, 1^{er} avril 1998, p. 55).

¹⁷⁴⁹ TPICE, 19 septembre 2001, *Mukand Ltd e.a. c/ Conseil*, préc. (pt 40) ; CJCE, 3 septembre 2009, *Moser Baer India Ltd c/ Conseil*, préc. (pt 88).

¹⁷⁵⁰ TPICE, 19 septembre 2001, *Mukand Ltd e.a. c/ Conseil*, préc. (pt 41) ; TPICE, 4 octobre 2006, *Moser Baer India Ltd c/ Conseil*, préc. (pts 260 et s.) ; CJCE, 28 février 2008, *AGST Draht- und Biegetechnik GmbH*, préc. (pts 39 et 52).

¹⁷⁵¹ V. *supra* n° 339.

¹⁷⁵² Leur plainte antitrust dénonçant cette pratique comme illicite ayant été rejetée : décision de la Commission du 21 avril 1999, rejet de plainte, IV.E-1/36.930 *Isibars Ltd et Viraj Impoexpo* (non publiée).

Commission¹⁷⁵³. Le Tribunal a accueilli cette argumentation subsidiaire en se plaçant à la fois sur le terrain du préjudice et sur celui du lien de causalité, et a sanctionné une erreur manifeste d'appréciation. La fixation anticoncurrentielle du montant de l'extra d'alliage, appliqué par les producteurs communautaires aux produits plats en acier inoxydable, avait affecté significativement les prix des barres en acier¹⁷⁵⁴, les rendant artificiellement élevés, de sorte que ces prix étaient non fiables aux fins de la détermination du préjudice subi par l'industrie communautaire¹⁷⁵⁵. Par ailleurs, bien qu'il ne fût pas établi que les prix de vente finaux des barres en acier inoxydable avaient été arrêtés de concert entre les producteurs communautaires, les institutions, en ne tenant pas compte de la pratique industrielle uniforme et constante des producteurs communautaires de barres en acier inoxydable, dont l'effet objectif avait été de répercuter de façon automatique, sur les marchés de ces produits, les augmentations artificielles de prix obtenues grâce à la concertation entre les producteurs de produits plats, avaient « *omis de tenir compte d'un facteur connu, autre que les importations faisant l'objet de subventions, qui aurait pu causer simultanément un préjudice à l'industrie communautaire* »¹⁷⁵⁶.

L'approche de la Cour dans l'affaire *AGST*¹⁷⁵⁷, concernant également l'incidence de la fixation concertée du montant de l'extra d'alliage pour les produits plats, mais cette fois sur les prix des fils en acier inoxydable, est similaire à celle du Tribunal dans l'affaire *Mukand*, bien qu'aboutissant à une conclusion différente. Aucune erreur manifeste d'appréciation n'est établie concernant la conclusion des institutions selon laquelle, « *même en supposant que le montant de l'extra d'alliage ait été influencé par le comportement anticoncurrentiel des producteurs de produits plats, l'effet de la majoration artificielle de l'extra d'alliage sur les prix nets moyens pondérés des fils*

¹⁷⁵³ Décision n° 98/247/CECA de la Commission (IV/35.814 – *Extra d'alliage*), préc.

¹⁷⁵⁴ Ces prix étant établis à partir d'un prix de base, auquel était ajouté un extra d'alliage lui-même calculé en appliquant un coefficient de rendement de 1,35 à l'extra d'alliage appliqué par les producteurs de produits plats (v., pour la description de ces mécanismes de fixation de prix et d'application d'un extra d'alliage, le pt 43 de l'arrêt *Mukand*, préc.).

¹⁷⁵⁵ TPICE, 19 septembre 2001, *Mukand Ltd e.a. c/ Conseil*, préc. (pts 46 et 52).

¹⁷⁵⁶ *Ibid.* (pt 48).

¹⁷⁵⁷ Renvoi préjudiciel en appréciation de validité du règlement (CE) n° 1599/1999 du Conseil, du 12 juillet 1999, instituant un droit compensateur définitif et portant perception du droit provisoire institué sur les fils en acier inoxydable d'un diamètre supérieur à un millimètre originaires de l'Inde, *JOCE* L 189, 22 juillet 1999, p. 1.

en acier inoxydable serait si faible qu'il ne pourrait remettre en question la fiabilité de ces prix »¹⁷⁵⁸.

Dans l'affaire *Moser Baer India*, la question posée était celle de l'incidence éventuelle du paiement, par l'industrie communautaire, de redevances prétendument anticoncurrentielles. Or ce *facteur externe* ne pouvait avoir eu d'incidence sur le préjudice causé par les importations subventionnées puisqu'il existait avant que celles-ci ne deviennent importantes. Il ne pouvait avoir influé sur le niveau de sous-cotation puisqu'il concernait aussi bien les prix communautaires que les prix des importations¹⁷⁵⁹.

Dans l'affaire du *maïs doux en grains de Thaïlande*, le Conseil rejeta l'allégation selon laquelle le niveau des prix pratiqués par l'industrie communautaire était artificiellement gonflé par un accord de fixation de prix. Aucun élément n'avait été trouvé par les institutions dans le cadre de la procédure antidumping « *tendant à prouver que la sous cotation des prix de l'industrie communautaire par les importations à prix de dumping de Thaïlande serait en fait causée principalement par un niveau de prix artificiel résultant d'un comportement anticoncurrentiel* »¹⁷⁶⁰.

485. Quant à l'attribution aux importations en dumping du préjudice subi par l'industrie européenne (le lien de causalité), à plusieurs occasions, antérieures comme postérieures à l'affaire *Extramet*, des exportateurs accusés de dumping préjudiciable ont soutenu que l'industrie communautaire avait contribué au préjudice, voire l'avait entièrement provoqué, par des agissements anticoncurrentiels¹⁷⁶¹.

Avant *Extramet*, de telles allégations avaient été formulées dans l'affaire des *engrais chimiques américains (engrais composés d'urée et de nitrate d'ammonium en*

¹⁷⁵⁸ CJCE, 28 février 2008, *AGST Draht- und Biegetechnik GmbH*, préc. (pt 47).

¹⁷⁵⁹ CJCE, 3 septembre 2009, *Moser Baer India Ltd c/ Conseil*, préc. (pt 93).

¹⁷⁶⁰ Règlement (CE) n° 682/2007 du Conseil, du 18 juin 2007, instituant un droit antidumping définitif et portant perception définitive du droit provisoire institué sur les importations de certaines préparations ou conserves de maïs doux en grains originaires de Thaïlande, *JOUE* L 159, 20 juin 2007, p. 14 (paragraphe 44).

¹⁷⁶¹ L'affaire du *nitrate d'ammonium de Lituanie et de Russie* est un exemple d'allégations, rejetées par la Commission, de contribution de l'industrie à son préjudice par un comportement commercial (politique en matière de distribution) licite ; la Commission admettait en revanche que la surproduction antérieure soit responsable d'une partie du préjudice : décision n° 94/293/CE de la Commission, du 13 avril 1994, portant acceptation d'engagements offerts dans le cadre de la procédure concernant les importations de nitrate d'ammonium originaire de Lituanie et de Russie, *JOUE* L 129, 21 mai 1994, p. 24 (v. paragraphes 73, 78-79, 82 et 84). V., également, règlement (CE) n° 2352/95 de la Commission, instituant un droit antidumping provisoire sur les importations de coumarine originaire de la république (paragraphes 44-45).

solution). Les exportateurs et importateurs intéressés prétendaient que les producteurs français (représentant 43% de l'industrie communautaire) ne pouvaient avoir subi un préjudice compte tenu de la décision du ministre français compétent en matière de concurrence sanctionnant certains aspects de leurs pratiques tarifaires, notamment pour les engrais en cause. L'argument fut rejeté par la Commission qui ne voyait aucune contradiction entre sa conclusion de préjudice important causé par les importations en dumping de l'engrais considéré et la sanction d'un comportement de producteurs concernant une gamme plus étendue d'engrais¹⁷⁶². Elle retenait aussi que la décision française se rapportait à une période temporelle ne coïncidant que partiellement avec celle sur laquelle avait porté ses investigations antidumping, remarque dont la Cour de justice prit note pour avaliser son appréciation¹⁷⁶³.

Ultérieurement, dans l'affaire du *ferro-silico-calcium brésilien*, les exportateurs objectaient que les producteurs communautaires avaient, d'une part, contrecarré les tentatives de certains utilisateurs (les fabricants de fils fourrés) de s'approvisionner auprès d'intermédiaires et, d'autre part, essayé d'amener les producteurs brésiliens à rejoindre leur entente et tenté de les convaincre de ne plus exporter vers l'Europe¹⁷⁶⁴. À ces allégations la Commission répondait seulement que « *l'objet d'une procédure antidumping n'est pas et ne saurait être d'entériner ou de susciter des pratiques commerciales restrictives et que l'ouverture d'une telle procédure n'enlève pas à une entreprise le droit d'invoquer les dispositions des articles 85 et 86 du traité instituant*

¹⁷⁶² Règlement (CEE) n° 290/83 de la Commission, du 2 février 1983, instituant un droit anti-« dumping » provisoire sur les importations d'engrais composé d'urée et de nitrate d'ammonium en solution, originaire des États-Unis d'Amérique, *JOCE* L 33, 4 février 1983, p. 9.

¹⁷⁶³ CJCE, 21 février 1984, *Allied Corporation e.a. c/ Commission*, aff. jtes 239 et 275/82, *Rec.* p. 1005 (pt 28) : La Cour statuait, quelques mois après l'adoption du règlement n° 290/83, préc., sur des recours en annulation dirigés contre deux autres règlements, antérieurs, instituant des droits provisoires applicables aux importations d'engrais exporté par des producteurs ayant été exemptés d'un droit définitif adopté en 1981, en raison des engagements pris par eux en 1981 mais ensuite résiliés en 1982.

¹⁷⁶⁴ Les exportateurs faisaient également valoir que l'industrie communautaire avait refusé de satisfaire les commandes des fabricants de fil fourré (un groupe spécifique de clients) ; cependant, il n'était pas allégué que ce refus aurait été anticoncurrentiel. La Commission réfuta cet argument factuel après avoir préalablement reconnu que, « *s'il était suffisamment étayé, [il] devrait être pris en considération dans son enquête, car il pourrait avoir une incidence sur les conclusions à formuler quant à l'existence d'un préjudice* » ; règlement (CEE) n° 1361/87 de la Commission, du 18 mai 1987, instituant un droit antidumping provisoire sur le ferro-silico-calcium/siliciure de calcium originaire du Brésil, *JOCE* L 129, 19 mai 1987, p. 5 (pt 12 des considérants). Le Conseil valida cette réfutation et constata, à cet égard, l'absence de preuve « *d'un préjudice volontairement subi qu'il faudrait prendre en considération aux fins de l'évaluation du préjudice* » : règlement (CEE) n° 3365/87 du Conseil, du 9 novembre 1987, instituant un droit antidumping définitif sur le ferro-silico-calcium/siliciure de calcium originaire du Brésil, *JOCE* L 322, 12 novembre 1987, p. 1.

la Communauté économique européenne »¹⁷⁶⁵. Soulignant que la plainte introduite au titre des articles 85 et 86 était en cours d'examen, le Conseil approuva la position de la Commission¹⁷⁶⁶. Ainsi, l'existence d'une procédure antitrust en cours, suite à une plainte de l'un des utilisateurs communautaires du produit faisant l'objet de dumping – et non pas de l'un des producteurs-exportateurs accusés de dumping – ne fit pas obstacle à l'adoption de droits définitifs.

486. Dans la célèbre affaire portant son nom, Extramet prétendait que Péchiney, constituant à elle seule l'industrie communautaire concernée, était elle-même, par ses refus de l'approvisionner l'ayant conduit à recourir aux producteurs étrangers accusés de dumping, à l'origine du préjudice. Extramet soutenait qu' « *un droit antidumping ne doit pas être institué s'il a pour effet de maintenir un avantage injustifié sur le marché communautaire résultant d'une entente ou d'un abus de position dominante* »¹⁷⁶⁷. La Cour annula le règlement contesté instituant un droit antidumping, sans se prononcer sur la pertinence de ces arguments, en sanctionnant un manquement à l'obligation procédurale, par elle à cette occasion énoncée, d'examiner si le préjudice découle bien des importations déloyales et d'écarter tout préjudice découlant d'autres facteurs¹⁷⁶⁸. Si l'arrêt *Extramet II*¹⁷⁶⁹ fut analysé comme établissant la pertinence des problématiques concurrentielles dans les procédures antidumping¹⁷⁷⁰, les suites qu'il connut déçurent les espoirs du justiciable, devenu IPS, à l'origine de cette jurisprudence. La Commission repris la procédure¹⁷⁷¹, mena une nouvelle enquête sur la base d'une nouvelle période de référence (entre juillet

¹⁷⁶⁵ Règlement (CEE) n° 1361/87 de la Commission, préc. (pt 12 des considérants).

¹⁷⁶⁶ Il estima que les considérations générales énoncées par la Commission « *conserv[ai]ent toute leur valeur et ne nécessit[ai]ent pas de plus amples développements* » : règlement (CEE) n° 3365/87 du Conseil, préc. (pt 7 des considérants).

¹⁷⁶⁷ CJCE, 11 juin 1992, *Extramet Industrie SA c/ Conseil*, aff. C-358/89, *Rec. p. I-3813* (pt 14).

¹⁷⁶⁸ *Ibid.* (pts 16 & 19).

¹⁷⁶⁹ L'arrêt *Extramet I* étant, dans la même affaire C-358/89, celui par lequel la Cour avait admis la recevabilité du recours d'Extramet, importateur du produit dont les importations faisaient l'objet de dumping : CJCE, 16 mai 1991, *Extramet c/ Conseil*, *Rec. p. I-2501*.

¹⁷⁷⁰ V., notamment, Marc CLOUGH, « *Conflicts between EEC Anti-dumping and Competition Law* », *ECLR*, vol. 5, 1992, p. 222-225 ; Samuel M. WITTER, note sur l'arrêt, *AJIL*, vol. 87, n° 2, 1993, p. 298-305. Et l'analyse plus prudente de Edwin A. VERMULST et Jeroen J. HOOIJER, note sur l'arrêt, *CMLR.*, vol. 30, n° 1, 1993, p. 181-185.

¹⁷⁷¹ À laquelle l'adoption de mesures antidumping (annulées par la Cour) n'avait pas mis fin. La procédure demeurait ouverte, l'annulation par la Cour n'ayant pas affecté les mesures préalables préparatoires à l'enquête, notamment l'ouverture de la procédure. De même, d'autres actes de la procédure n'avaient pas été touchés : la plainte, la consultation du comité consultatif avant l'ouverture de la procédure. Sur ces questions procédurales, v. les pts 87 à 99 de l'arrêt du TPICE du 15 octobre 1998, *Industrie des poudres sphériques (IPS) c/ Conseil*, aff. T-2/95, *Rec. p. II-3939*.

1991 et octobre 1992, au lieu de janvier à décembre 1987 dans l'enquête initiale), et le Conseil institua de nouveaux droits antidumping plus élevés. À propos des autres facteurs de préjudice, il remarqua que les décisions condamnant Péchiney pour ses pratiques anticoncurrentielles¹⁷⁷² ne lui en imputaient aucune après 1984¹⁷⁷³. Pour le Tribunal, l'argument d'IPS selon lequel le lien de causalité aurait été rompu en raison du comportement de l'industrie européenne n'était pas fondé en fait¹⁷⁷⁴. Mais, dans cette affaire *IPS*, la question des interactions entre antidumping et concurrence avait alors quitté le terrain du préjudice pour celui de l'intérêt communautaire¹⁷⁷⁵.

487. Postérieurement à l'arrêt *Extramet II*, la Commission prit en considération, dans l'affaire de la *soude (carbonate disodique) américaine*, l'effet de ses décisions de décembre 1990 constatant des infractions antitrust par certains producteurs communautaires (accords de partage de marché, accords de change et systèmes de ristournes anticoncurrentielles)¹⁷⁷⁶. Selon les exportateurs américains, en renforçant la rivalité entre producteurs communautaires par le démantèlement de mécanismes illicites qui auraient maintenu les prix à des niveaux élevés, les décisions de la Commission avaient rétabli un libre jeu de la concurrence dont souffrait l'industrie communautaire. Ce retour de la concurrence aurait aussi permis aux exportateurs américains de conquérir le marché communautaire. Si la Commission réfuta ces allégations par un exposé factuel démontrant que les difficultés de l'industrie

¹⁷⁷² Par le Conseil de la concurrence en 1992 ; décision confirmée par la Cour d'appel de Paris en 1993.

¹⁷⁷³ Règlement (CE) n° 2557/94 du Conseil, du 19 octobre 1994, instituant un droit antidumping définitif sur les importations de calcium-métal originaire de la république populaire de Chine et de Russie, *JOCE L 270*, 21 octobre 1994, p. 27.

¹⁷⁷⁴ TPICE, 15 octobre 1998, *IPS c/ Conseil*, préc. (pts 231-263). Le Tribunal estimait, à l'inverse d'IPS, que Péchiney avait fait des efforts d'adaptation non négligeables en vue de satisfaire les besoins techniques d'IPS. Il ajoutait une remarque pourtant inutile pour rejeter le moyen d'IPS : il soulignait en effet que « *considérer que les efforts déployés par PEM ne démontraient pas sa volonté de livrer IPS et que, en conséquence, le lien de causalité était rompu en raison du comportement de l'industrie européenne aboutirait à rendre impossible l'imposition de droits antidumping sur l'importation des matières premières faisant l'objet d'un dumping, lorsque l'industrie communautaire n'est pas en mesure de livrer certains importateurs du fait de la spécificité de leurs procédés de production. Une telle solution serait incompatible avec le but du règlement de base, lequel vise à protéger l'industrie communautaire contre les pratiques de prix déloyales des pays tiers.* » (pt 256).

¹⁷⁷⁵ Dans la première affaire *Extramet*, la question d'une appréciation dans le cadre de l'intérêt communautaire de l'incidence sur la concurrence de l'institution de mesures antidumping était déjà soulevée, mais la Cour n'eut pas à y répondre en raison de l'annulation pour détermination incorrecte du préjudice.

¹⁷⁷⁶ Il s'agissait de cinq décisions de la Commission du 19 décembre 1990 : n° 91/297/CEE, n° 91/298/CEE, n° 91/299/CEE, n° 92/300/CEE et n° 91/301/CEE, *JOCE L 152*, 15 juin 1991, p. 1-60.

communautaire ne pouvaient être uniquement attribuées aux effets de ses décisions¹⁷⁷⁷, le Conseil estima que l'argument d'un marché désormais plus ouvert à la concurrence « *n'est pas de nature à invalider les conclusions relatives à l'effet préjudiciable du dumping* »¹⁷⁷⁸. La position du Conseil est justifiée. Si l'industrie communautaire ne saurait se plaindre d'un accroissement de la concurrence, notamment d'origine étrangère, suite à la sanction des pratiques anticoncurrentielles de certains de ses membres, elle peut légitimement solliciter la protection antidumping contre celles de ces nouvelles sources de concurrence qui sont déloyales. Dans la procédure antidumping concernant les *tubes et tuyaux sans soudure de Croatie et d'Ukraine*, le Conseil considéra que le comportement anticoncurrentiel de certains producteurs communautaires, sanctionné par la Commission¹⁷⁷⁹, n'avait pas contribué au préjudice « *dans une mesure suffisante pour briser le lien de causalité* », en soulignant que « *la période sur laquelle portaient les conclusions de l'enquête antidumping (1^{er} janvier 1997 au 31 octobre 1998) ne [coïncidait] pas avec la période au cours de laquelle les pratiques anticoncurrentielles [avaient] été constatées* » (1990-1995)¹⁷⁸⁰. Cependant, le Conseil oubliait, opportunément, que l'une des deux infractions antitrust n'avait pris fin qu'en 1999.

Dans l'affaire des *produits plats laminés à chaud en aciers non alliés*, certains producteurs-exportateurs prétendaient que le comportement anticoncurrentiel de l'industrie communautaire, constaté par la Commission dans une décision de 1997 –

¹⁷⁷⁷ Règlement (CE) n° 823/95 de la Commission, du 10 avril 1995, instituant un droit antidumping provisoire sur les importations de carbonate disodique originaire des États-Unis d'Amérique, *JOCE* L 83, 13 avril 1995, p. 8 (v. paragraphes 44 à 46) : si elle le rejette en l'espèce, la Commission accepte la pertinence de l'argument, et l'examine en détails.

¹⁷⁷⁸ Règlement (CE) n° 2381/95 du Conseil, du 10 octobre 1995, instituant un droit antidumping définitif sur les importations de carbonate disodique originaire des États-Unis d'Amérique et portant perception définitive du droit provisoire, *JOCE* L 244, du 12 octobre 1995, p. 32 (paragraphe 27).

¹⁷⁷⁹ Au cours de la procédure considérée, le 8 décembre 1999, soit postérieurement à l'adoption par la Commission du règlement (CE) n° 1802/1999, le 17 août 1999, instituant des droits provisoires sur les importations en cause : décision n° 2003/382/CE de la Commission, du 8 décembre 1999, relative à une procédure d'application de l'article 81 du traité CE (IV/E-1/35.860-B – *Tubes d'acier sans soudure*), *JOUE* L 140, 6 juin 2003, p. 1.

¹⁷⁸⁰ Règlement (CE) n° 348/2000 du Conseil, du 14 février 2000, instituant un droit antidumping définitif sur les importations de certains tubes et tuyaux sans soudure, en fer ou en acier non allié, originaires de Croatie et d'Ukraine et portant perception définitive du droit provisoire, *JOCE* L 45, 17 février 2000, p. 1 (paragraphe 31) ; v., également, la conclusion similaire du Conseil dans le cadre du réexamen des mesures prises en 2000 : règlement (CE) n° 258/2005 du Conseil, du 14 février 2005, modifiant les mesures antidumping instituées par le règlement n° 348/2000 sur les importations de certains tubes et tuyaux sans soudure, en fer ou en acier non allié, originaires de Croatie et d'Ukraine, *JOUE* L 46, 17 février 2005, p. 7 (paragraphe 121).

système d'échange d'information anticoncurrentiel¹⁷⁸¹ –, empêchait toute évaluation du préjudice, dans la mesure où la situation du marché aurait été complètement faussée par cette infraction antitrust. La Commission rejeta l'argument au motif que le système d'échange d'informations en cause avait pris fin deux ans avant la période d'enquête retenue aux fins de la procédure antidumping^{1782 1783}.

Dans l'affaire des *systèmes d'électrodes en graphite d'Inde*, des parties intéressées avancèrent l'argument selon lequel le préjudice subi résultait simplement du retour aux conditions normales de marché, suite à une décision sanctionnant un cartel entre mai 1992 et mars 1998¹⁷⁸⁴. L'allégation fut écartée au motif que la période d'enquête (aux fins de la détermination du dumping : du 1^{er} avril 2002 au 31 mars 2003) et la période considérée (pour évaluer le préjudice : du 1^{er} janvier 1999 au 31 mars 2003) étaient postérieures à la fin du cartel (mars 1998)¹⁷⁸⁵. Soulevé devant le Tribunal dans le cadre d'un recours en annulation, l'argument du retour aux conditions de concurrence normales après le démantèlement d'un cartel n'y prospéra pas davantage que devant le Conseil¹⁷⁸⁶.

Dans l'affaire de l'*acide citrique chinois*, des parties intéressées avaient fait valoir que les producteurs européens étaient responsables du préjudice en raison de l'entente sur l'acide citrique en vigueur entre 1991 et 1995, sanctionnée par la Commission,

¹⁷⁸¹ Décision n° 98/4/CECA de la Commission, du 26 novembre 1997, relative à une procédure d'application de l'article 65 du traité CECA (IV/36.069 – *Wirtschaftsvereinigung Stahl*), *JOCE* L 1, 3 janvier 1998, p. 10.

¹⁷⁸² Décisions n° 307/2000/CECA et n° 1758/2000/CECA, de la Commission, des 10 février et 9 août 2000, instituant, respectivement, des droits provisoires et des droits définitifs sur les importations de certains produits plats laminés à chaud en aciers non alliés originaires de la République populaire de Chine, de l'Inde et de Roumanie, *JOCE* L 36, 11 février 2000, p. 4 (paragraphe 85 et 87) et *JOCE* L 202, 10 août 2000, p. 21 (paragraphe 42).

¹⁷⁸³ Les producteurs-exportateurs fondaient également leur prétention selon laquelle le comportement anticoncurrentiel de l'industrie communautaire empêcherait toute évaluation du préjudice, dans la mesure où la situation du marché aurait été complètement faussée, sur la décision n° 98/247/CECA de la Commission (IV/35.814 – *Extra d'alliage*), préc. Mais les produits en cause dans la procédure antidumping considérée étant différents de ceux concernés par la décision antitrust (car à base d'aciers non alliés, destinés à un marché différent de celui de l'acier inoxydable en cause dans cette décision antitrust), cet argument était sans pertinence : décision n° 307/2000/CECA, préc. (paragraphe 85-86).

¹⁷⁸⁴ Elles attribuaient la baisse des prix et de la rentabilité de l'industrie communautaire, à partir de 1999, à la circonstance qu'ils étaient antérieurement artificiellement élevés en raison de l'existence du cartel. Cartel constaté par la décision n° 2002/271/CE de la Commission, du 18 juillet 2001, relative à une procédure d'application de l'article 81 du traité CE et de l'article 53 de l'accord EEE (COMP/E-1/36.490 – *Électrodes de graphite*), *JOCE* L 100, 16 avril 2002, p. 1.

¹⁷⁸⁵ Règlement (CE) n° 1009/2004 de la Commission, du 19 mai 2004, instituant un droit antidumping provisoire sur les importations de certains systèmes d'électrodes en graphite originaires de l'Inde, *JOUE* L 183, 20 mai 2004, p. 61 (paragraphe 77-78).

¹⁷⁸⁶ TPICE, 17 décembre 2008, *HEG Ltd et Graphite India Ltd c/ Conseil*, aff. T-462/04, *Rec.* p. II-3685 (pts 116-137).

ayant permis, par des prix convenus artificiellement élevés, aux producteurs chinois de pénétrer le marché. La montée en flèche des importations faisant l'objet d'un dumping ayant eu lieu plusieurs années après la fin de l'entente, le Conseil estima que « *les conséquences des pratiques anticoncurrentielles auxquelles l'industrie communautaire [avait] participé n'ont pas contribué au préjudice important subi par l'industrie communautaire* »¹⁷⁸⁷.

Dans l'affaire des *articles en céramique pour la table et la cuisine de Chine*, il était prétendu que l'existence d'ententes sanctionnées en 2010, ainsi que les sanctions financières infligées, rendaient non fiables les données relatives au préjudice, puisque ces dernières ne rendaient pas compte d'une situation de fonctionnement normal du marché. Mais la décision antitrust sanctionnait des pratiques antérieures (1992 à 2004) à la période considérée dans la procédure antidumping (2008-2011), et portait sur des produits différents (installations sanitaires pour salles de bains), une seule des dix-sept entreprises européennes sanctionnées intervenant aussi sur le marché des articles de table et de cuisine en céramique. Quant à l'enquête antitrust allemande pour entente sur les prix, lancée en 2011 auprès de certains producteurs allemands d'articles de table, ses résultats n'étaient pas encore rendus publics et, en tout état de cause, elle ne portait que sur un État membre¹⁷⁸⁸.

488. Outre ces affaires dans lesquelles un comportement anticoncurrentiel avait été constaté, à plusieurs occasions il fut allégué, nonobstant l'absence de décision antitrust, que l'industrie communautaire était, par une pratique illicite, à l'origine de son préjudice. Tel fut le cas dans l'affaire du *ferromolybdène chinois*, où les

¹⁷⁸⁷ Règlement (CE) n° 1193/2008 du Conseil, du 1^{er} décembre 2008, instituant un droit antidumping définitif et portant perception définitive du droit provisoire institué sur les importations d'acide citrique originaire de la République populaire de Chine, *JOUE* L 323, 3 décembre 2008, p. 1 (paragraphe 65) ; v., également, règlement (CE) n° 488/2008 de la Commission, du 2 juin 2008, instituant un droit antidumping provisoire sur les importations d'acide citrique originaire de la République populaire de Chine, *JOUE* L 143, 3 juin 2008, p. 13 (paragraphe 100-101).

¹⁷⁸⁸ Règlement (UE) n° 1072/2012 de la Commission, du 14 novembre 2012, instituant un droit antidumping provisoire sur les importations d'articles en céramique pour la table et la cuisine originaires de la République populaire de Chine, *JOUE* L 318, 15 novembre 2012, p. 28 (paragraphe 174-176) ; et v. règlement d'exécution (UE) n° 412/2013 du Conseil, du 13 mai 2013, instituant un droit antidumping définitif et portant perception définitive du droit provisoire institué sur les importations d'articles en céramique pour la table et la cuisine originaires de la République populaire de Chine, *JOUE* L 131, 15 mai 2013, p. 1 (paragraphe 168-173).

allégations avancées furent rejetées pour défaut d'éléments de preuve permettant de les corroborer¹⁷⁸⁹.

Dans l'affaire des *bougies de Chine*, l'entente alléguée concernait la principale matière première de l'industrie des bougies, et non pas le produit concerné par les importations en dumping. Le préjudice avait prétendument été causé par la hausse du prix de cette matière première résultant d'une entente entre producteurs européens de cire de paraffine jusqu'au début de 2005, la période considérée aux fins de la détermination du préjudice couvrant en l'espèce les années 2004 à 2007. Les institutions conclurent que l'entente n'avait eu « aucune incidence sur le préjudice subi par l'industrie communautaire », puisqu'il résultait des informations disponibles que son « éventuelle incidence sur la situation économique de [cette] industrie [...] avait été négligeable »¹⁷⁹⁰.

Dans l'affaire des *peroxosulfates*, un utilisateur alléguait que la baisse des volumes de vente et des parts de marché sur le marché communautaire était due davantage à un comportement anticoncurrentiel qu'à des importations en dumping. Il accusait l'industrie communautaire et les producteurs chinois qui lui étaient apparentés d'avoir délibérément cherché à éviter de fournir certains clients européens. L'argument fut rejeté et la conclusion tirée que les autres facteurs de préjudice, dont « le comportement anticoncurrentiel supposé », n'avaient pu avoir, « au pire, qu'un effet limité sur l'évolution négative de l'industrie communautaire »¹⁷⁹¹.

¹⁷⁸⁹ V. règlement (CE) n° 215/2002 du Conseil, du 28 janvier 2002, instituant un droit antidumping définitif sur les importations de ferromolybdène originaire de la République populaire de Chine, *JOCE* L 35, 6 février 2002, p. 1 (paragraphe 67-71).

¹⁷⁹⁰ Règlement (CE) n° 393/2009 du Conseil, du 11 mai 2009, instituant un droit antidumping définitif et portant perception définitive du droit provisoire institué sur les importations de certains types de bougies, chandelles, cierges et articles similaires originaires de la République populaire de Chine, *JOUE* L 119, 14 mai 2009, p. 1 (paragraphe 109-110) ; v., également, les développements plus long de la Commission dans le règlement (CE) n° 1130/2008, du 14 novembre 2008, instituant un droit antidumping provisoire sur les importations de certains types de bougies, chandelles, cierges et articles similaires originaire de la République populaire de Chine, *JOUE* L 306, 15 novembre 2008, p. 22 (paragraphe 161 à 169).

¹⁷⁹¹ Règlement (CE) n° 1184/2007 du Conseil, du 9 octobre 2007, pour l'établissement d'un droit antidumping définitif et la perception définitive du droit provisoire imposé sur les importations de peroxosulfates (persulfates) originaires des États-Unis d'Amérique, de la République populaire de Chine et de Taïwan, *JOUE* L 265, 11 octobre 2007, p. 1 (paragraphe 96, et aussi paragraphes 85-91). V. également l'affaire *carbonate de baryum chinois* : l'argument selon lequel l'industrie communautaire (un seul producteur) occupait une position dominante sur le marché pertinent, ce qui lui avait permis d'augmenter ses prix, fut rejeté. Bien qu'exposé et réfuté dans la section consacrée aux « [e]ffets d'autres facteurs », le rapport avec le lien de causalité entre le préjudice et les importations en dumping n'est pas explicité dans le règlement : règlement (CE) n° 1175/2005 du Conseil, du 18 juillet 2005, instituant un droit antidumping définitif et portant perception définitive

489. b) En second lieu, l'existence d'infractions antitrust peut être prise en compte au stade de l'appréciation de l'intérêt de l'Union. À travers l'application par les institutions de cette clause d'intérêt public, transparaît une réelle prise en compte de la situation concurrentielle qui résulterait de l'adoption ou non de mesures antidumping, en particulier lorsqu'un petit nombre de producteurs opèrent sur le marché concerné. Sans même qu'une infraction soit établie, le simple risque de renforcement de la situation dominante de l'industrie de l'Union, ou de domination future du marché par un producteur européen ou un fabricant étranger, peut interférer avec l'adoption des mesures envisagées.

Ainsi, dans l'affaire de la *coumarine chinoise*, la Commission dut répondre aux allégations, formulées par des importateurs et utilisateurs de coumarine, d'abus de position dominante de la part de l'unique producteur communautaire. Bien que succincte, la réfutation de ces accusations fut réelle¹⁷⁹². Cette affaire illustre, également, une certaine prédisposition européenne pour la protection de l'unique producteur européen, dominant ou non, face au risque, s'il devait disparaître faute de réaction antidumping, de dépendance à l'égard des importations, en particulier lorsqu'elles proviennent très majoritairement du pays faisant l'objet de l'enquête antidumping¹⁷⁹³. Le risque que l'institution d'un droit définitif ne place l'unique producteur communautaire en situation de monopole fut évoqué, mais jugé improbable alors que, à l'inverse, le danger de voir les producteurs chinois acquérir une position dominante devait être évité¹⁷⁹⁴. Plus récemment, le risque d'une

du droit provisoire institué sur les importations de carbonate de baryum de la République populaire de Chine, *JOUE* L 189, 21 juillet 2005, p. 15 (paragraphe 32-33).

¹⁷⁹² L'abus allégué résidait dans le fait d'imposer à certains utilisateurs des contrats de cinq ans fixant à l'avance une quantité minimale, les prix pendant la première année et un mécanisme de révision des prix ; sans cet engagement, la livraison de la quantité voulue n'était pas garantie. Non seulement la position de Rhône-Poulenc SA ne semblait pas dominante, mais aucun élément de preuve n'avait été présenté pour montrer qu'elle avait refusé de livrer ou menacé de ne pas livrer les utilisateurs concernés : règlement (CE) n° 2352/96 de la Commission, du 6 octobre 1995, instituant un droit antidumping provisoire sur les importations de coumarine originaire de République populaire de Chine, *JOCE* L 239, 7 octobre 1995, p. 4 (paragraphe 51).

¹⁷⁹³ *Ibid.* (paragraphe 52).

¹⁷⁹⁴ Rappelant que « le but des droits antidumping n'est pas d'éliminer du marché de la Communauté les importations originaires d'un pays tiers donné, mais d'éliminer les effets de détournement des échanges du dumping préjudiciable et de rétablir une réelle concurrence », le Conseil soulignait que le « risque concret de voir les producteurs chinois eux-mêmes acquérir une position de monopole si aucune mesure [n'était] prise » n'était pas dans l'intérêt de la Communauté : règlement (CE) n° 600/96 du Conseil, du 25 mars 1996, instituant un droit antidumping définitif sur les importations

domination par les importations du pays tiers concerné en l'absence de mesures fut également mis en avant dans l'affaire de l'*acide citrique chinois*¹⁷⁹⁵. En 1995, dans l'affaire du *carbonate disodique américain*, la Commission souligna qu'en empêchant le déclin de l'industrie communautaire, l'adoption de mesures contribuerait « à maintenir un large éventail de producteurs et même à renforcer la concurrence », « les conditions d'une concurrence normale [ayant] été rétablies dans la Communauté » par ses décisions de décembre 1990 contraignant les trois producteurs européens concernés à mettre fin à leurs pratiques anticoncurrentielles¹⁷⁹⁶.

Les aspects de concurrence pris en compte au moment de l'institution de droits sur les importations de *coumarine chinoise* furent réexaminés en vue de l'adoption du règlement reconduisant les droits définitifs. À l'argument de certaines parties intéressées selon lequel les mesures en vigueur avaient placé l'unique producteur communautaire en situation de monopole, le Conseil répondit que, sur le marché de dimension mondiale, il existait un petit nombre de producteurs dont certains détenaient toujours des parts non négligeables du marché communautaire, que les prix de vente avait baissé sur la période considérée, et que « l'enquête n'[avait...] révélé aucun signe de pratique non concurrentielle de la part du producteur communautaire »¹⁷⁹⁷. La concurrence était donc à la fois réelle et potentielle.

490. Le second volet antidumping de l'affaire *Extramet (devenue IPS)* – celui concernant le recours d'IPS contre le règlement pris à la suite de l'annulation prononcée dans l'arrêt *Extramet II* – fut l'occasion d'apprécier des arguments de concurrence dans le cadre du critère de l'intérêt communautaire. IPS prétendait, en effet, que l'institution de droits antidumping était susceptible de créer ou conforter une position dominante du seul producteur européen aussi bien sur le marché amont (concerné par les pratiques de dumping) que sur le marché aval. Dans une telle situation, les effets négatifs résultant de ces positions dominantes dépassaient, selon

de coumarine originaire de République populaire de Chine, *JOCE* L 86, 4 avril 1996, p. 1 (paragraphe 26).

¹⁷⁹⁵ À noter que la domination invoquée n'était pas celle d'un seul producteur chinois, mais des importations chinoises, au moins huit producteurs chinois ayant été identifiés : règlement (CE) n° 1193/2008 du Conseil, préc. (paragraphe 75).

¹⁷⁹⁶ Règlement (CE) n° 823/95 de la Commission, préc. (paragraphe 57-58).

¹⁷⁹⁷ V., par exemple, règlement (CE) n° 769/2002 du Conseil, du 7 mai 2002, instituant un droit antidumping définitif sur les importations de coumarine originaire de République populaire de Chine, *JOCE* L 123, 9 mai 2002, p. 1 (paragraphe 78).

IPS, les effets positifs des mesures antidumping et, par suite, l'adoption de celles-ci n'aurait pas été dans l'intérêt de l'Union. Le juge européen ne se prononce pas sur la pertinence de l'argument, se bornant à constater l'absence d'erreur de fait et d'erreur manifeste d'appréciation dans les conclusions du Conseil d'absence de position dominante préexistante à l'adoption des mesures, et d'absence de risque de création d'une telle position, tant sur le marché amont que sur celui en aval¹⁷⁹⁸.

491. Postérieurement à l'affaire *Extramet*, en plusieurs occasions des allégations que les mesures favoriseraient une pratique anticoncurrentielle ou renforceraient une position dominante furent présentées, en vain. Dans l'affaire des *systèmes d'électrodes en graphite d'Inde*, les utilisateurs soutenaient que l'institution de mesures aboutirait *de facto* à rétablir le cartel sanctionné par la Commission (en 2001). Mais l'ancienne pratique de répartition des marchés et de fixation des prix ayant pris fin, « *le fait que l'industrie communautaire ait eu recours à la cartellisation de 1992 à 1998 ne devrait pas la priver du droit d'obtenir une compensation, en vertu du règlement de base, face aux pratiques commerciales déloyales* » constatées en 2004¹⁷⁹⁹.

Dans l'affaire du *glyphosate chinois*, l'incompatibilité alléguée des mesures envisagées avec les intérêts des distributeurs et consommateurs reposait, entre autres, sur une prétendue entente des deux producteurs européens. L'argument fut écarté faute d'éléments suffisants. Surtout, le Conseil a semblé le considérer sans pertinence dans le cadre de la procédure antidumping, en affirmant que « *la question de l'existence ou non d'une entente devrait plutôt être abordée dans le cadre d'une procédure d'examen pour infraction présumée au droit de la concurrence* »¹⁸⁰⁰.

Quant à la possibilité que les mesures renforcent la situation dominante de l'industrie de l'Union, elle fut alléguée, et rejetée, dans l'affaire des *peroxosulfates américains*

¹⁷⁹⁸ TPICE, 15 octobre 1998, *Industrie des poudres sphériques (IPS) c/ Conseil*, aff. T-2/95, *Rec. p. II-3939* (pts 285 à 330).

¹⁷⁹⁹ Règlement (CE) n° 1009/2004 de la Commission, du 19 mai 2004, instituant un droit antidumping provisoire sur les importations de certains systèmes d'électrodes en graphite originaires de l'Inde, *JOUE* L 183, 20 mai 2004, p. 61 (paragraphe 104-105).

¹⁸⁰⁰ Il remarquait, par ailleurs, qu'une telle procédure n'avait pas été engagée par la Commission : règlement (CE) n° 1683/2004 du Conseil, du 24 septembre 2004, instituant un droit antidumping définitif sur les importations de glyphosate originaire de la République populaire de Chine, *JOUE* L 303, 30 septembre 2004, p. 1 (paragraphe 112).

(les deux producteurs européens étant accusés d'abuser d'une position dominante collective)¹⁸⁰¹.

2° Les pratiques anticoncurrentielles affectant l'application des mesures antidumping

492. Lorsque des mesures antidumping sont en vigueur, l'existence d'infractions antitrust, constatées sur une période antérieure ou postérieure à leur adoption, peut affecter leur application en provoquant leur réexamen et, le cas échéant, leur abrogation.

En 1987 dans l'affaire du *ferro-silico-calcium brésilien*, la possibilité d'un réexamen fut mise en avant pour justifier l'adoption d'une mesure antidumping nonobstant l'instruction en cours d'une plainte antitrust visant l'industrie de l'Union¹⁸⁰². La possibilité d'un réexamen ne saurait cependant dispenser les institutions, au cours de l'enquête initiale, d'examiner la question de savoir si le comportement de l'industrie de l'Union (notamment une éventuelle pratique anticoncurrentielle) n'a pas contribué à son préjudice et, le cas échéant, si un tel autre facteur de préjudice n'est pas de nature à rompre le lien de causalité entre les importations effectuées en dumping et le préjudice important¹⁸⁰³. Dans le second volet antidumping de l'affaire *Extramet (devenue IPS)*, le Conseil avait, pour estimer qu'il était dans l'intérêt communautaire d'adopter des mesures nonobstant les allégations de risque de création d'une position dominante du seul producteur communautaire, notamment prévu un réexamen au bout de six mois, créant « *un instrument permettant, le cas échéant, de modifier, voire de supprimer, les droits litigieux, si leur maintien devait risquer d'entraîner une détérioration substantielle des conditions de concurrence dans la Communauté* ». Le Tribunal reconnu que « *la précision d'une révision confirm[ait] que les institutions*

¹⁸⁰¹ Règlement (CE) n° 1184/2007 du Conseil, du 9 octobre 2007, pour l'établissement d'un droit antidumping définitif et la perception définitive du droit provisoire imposé sur les importations de peroxosulfates (persulfates) originaires des États-Unis d'Amérique, de la République populaire de Chine et de Taïwan, *JOUE* L 265, 11 octobre 2007, p.1 (paragraphe 96, et aussi paragraphes 124-126).

¹⁸⁰² Règlement (CEE) n° 1361/87 de la Commission, préc. (point 12 des considérants) : la Commission remarquait que « *si une infraction aux articles 85 et 86* » était constatée et qu'une « *procédure [était] engagée en vertu du règlement n° 17 du Conseil* », « *il pourrait être utile* » qu'elle « *procède à un réexamen de la procédure* ». Dans le règlement instituant des droits définitifs, le Conseil notait que la plainte introduite était toujours à l'examen et que les considérations précitées de la Commission conservaient toute leur valeur : règlement (CEE) n° 3365/87 du Conseil, préc. (paragraphe 7).

¹⁸⁰³ V., à cet égard, CJCE, 11 juin 1992, *Extramet Industrie SA c/ Conseil*, préc. (pts 18-19).

communautaires [avaient] pris en compte les craintes concernant une éventuelle détérioration des conditions de concurrence dans la Communauté après l'institution des droits litigieux et que, dans la mise en balance des intérêts en cause, elles [avaient] dûment pris en considération les objectifs de la politique communautaire de concurrence »¹⁸⁰⁴.

493. L'affaire la plus emblématique des conséquences d'une sanction de pratiques anticoncurrentielles sur des mesures antidumping en vigueur est celle, plus récente, des *tubes et tuyaux sans soudure*. En 1997, des droits définitifs avaient été institués et des engagements acceptés à propos des importations de cinq pays¹⁸⁰⁵, dont la Russie et la Roumanie¹⁸⁰⁶, sur la base d'un dumping et d'un préjudice établis sur des périodes au cours desquelles la Commission avait ultérieurement constaté que deux infractions antitrust¹⁸⁰⁷ avaient été commises¹⁸⁰⁸. Les produits couverts par l'enquête de concurrence comprenaient une partie de ceux soumis à l'enquête antidumping. Enfin, trois producteurs communautaires impliqués dans les infractions concurrentielles appartenaient à l'industrie communautaire définie dans la procédure antidumping. En 2004, à la demande d'une partie intéressée, le Conseil entreprit de déterminer si la décision de concurrence devait avoir des répercussions sur les mesures antidumping en vigueur¹⁸⁰⁹. Considérant que « *la définition du produit, les*

¹⁸⁰⁴ TPICE, 15 octobre 1998, *Industrie des poudres sphériques (IPS) c/ Conseil*, aff. T-2/95, *Rec.* p. II-3939 (pt 322).

¹⁸⁰⁵ Règlement (CE) n° 2320/97 du Conseil, du 17 novembre 1997, instituant des droits antidumping définitifs sur les importations de certains tubes et tuyaux sans soudure, en fer ou en acier non allié, originaires de Hongrie, de Pologne, de Russie, de la République tchèque, de Roumanie et de la République slovaque, abrogeant le règlement (CEE) n° 1189/93 et clôturant la procédure concernant les importations en provenance de la République de Croatie, *JOCE* L 322, 25 novembre 1997, p. 1 ; décision n° 97/790/CE de la Commission du 24 octobre 1997, portant acceptation des engagements offerts dans le cadre de la procédure antidumping concernant les importations de certains tubes et tuyaux sans soudure, en fer ou en acier non allié, originaires de Hongrie, de Pologne, de République tchèque, de Roumanie et de la République slovaque et abrogeant la décision 93/260/CEE, *JOCE* L 322, 25 novembre 1997, p. 63.

¹⁸⁰⁶ Les trois autres étant la Hongrie, la République Tchèque et la République Slovaque, à propos desquels les mesures antidumping instituées avaient expiré par l'effet de leur adhésion à l'Union européenne le 1^{er} mai 2004.

¹⁸⁰⁷ Décision n° 2003/382/CE de la Commission (affaire IV/E-1/35.860-B – *Tubes d'acier sans soudure*), préc.

¹⁸⁰⁸ Pour l'une des deux ententes en cause, le chevauchement n'était que partiel entre, d'une part, la *période d'enquête* (évaluation du dumping) et la *période considérée* (appréciation du préjudice) et, d'autre part, la durée de la pratique anticoncurrentielle. Pour l'autre, le chevauchement était total.

¹⁸⁰⁹ Règlement (CE) n° 1322/2004 du Conseil, du 16 juillet 2004, modifiant le règlement (CE) n° 2320/97 instituant des droits antidumping définitifs sur les importations de certains tubes et tuyaux sans soudure, en fer ou en acier non allié, originaires, entre autres, de Russie et de Roumanie, *JOUE* L 246, 20 juillet 2004, p. 10 (paragraphe 10).

sociétés concernées et les périodes couvertes par les deux procédures ne coïncid[ai]ent que partiellement », il estima que « *le comportement anticoncurrentiel en question n'avait que légèrement affecté l'enquête antidumping* »¹⁸¹⁰. En excluant les données des sociétés coupables, les résultats des appréciations effectuées dans l'enquête antidumping restaient comparables à ceux retenus pour adopter les mesures. S'il concluait qu'il était « *hautement improbable que le comportement anticoncurrentiel des producteurs communautaires ait fortement influencé les constatations initiales de l'enquête antidumping* », le Conseil admettait néanmoins l'impossibilité de confirmer « *avec certitude que toutes les conditions du marché auraient été les mêmes en l'absence de ce comportement anticoncurrentiel* » et jugeait, par conséquent, « *opportun de ne plus appliquer les mesures* »¹⁸¹¹ adoptées en 1997, et toujours en vigueur en 2004 par l'effet d'un réexamen à l'expiration encore en cours¹⁸¹².

494. Lorsque la procédure antidumping relative aux *câbles et torons PSC de Chine* atteignit le stade de l'institution d'une mesure, l'enquête antitrust portant sur l'industrie communautaire de l'acier de précontrainte n'avait atteint que le stade de la communication de griefs, acte préparatoire ne préjugant pas de l'issue finale de la

¹⁸¹⁰ *Ibid.* (paragraphe 19).

¹⁸¹¹ *Ibid.* (paragraphe 19 et 20).

¹⁸¹² Réexamen conclu par le règlement (CE) n° 954/2006 du Conseil, du 27 juin 2006, instituant un droit antidumping définitif sur les importations de certains tubes et tuyaux sans soudure, en fer ou en acier, originaires de Croatie, de Roumanie, de Russie et d'Ukraine, abrogeant les règlements (CE) n° 2320/97 et (CE) n° 348/2000, clôturant le réexamen intermédiaire et le réexamen au titre de l'expiration des mesures des droits antidumping applicables aux importations de certains tubes et tuyaux sans soudure, en fer ou en acier non allié, originaires, entre autres, de Russie et de Roumanie et clôturant les réexamens intermédiaires des droits antidumping applicables aux importations de certains tubes et tuyaux sans soudure, en fer ou en acier non allié, originaires, entre autres, de Russie et de Roumanie et de Croatie et d'Ukraine, *JOUE* L 175, 29 juin 2006, p. 4 : le Conseil y indique qu'il avait décidé, par le règlement n° 1322/2004, de ne plus imposer les mesures « *par prudence face au comportement anticoncurrentiel de certains producteurs communautaires dans le passé* » (paragraphe 4). À propos des mesures instituées en 2006 à la suite du réexamen, il constatait qu'« *il n'y avait aucun chevauchement dans le temps entre la durée de l'infraction commise par certains producteurs communautaires (de 1990 à 1995 et, pour certains produits, jusqu'en 1999) et la période considérée (de 2001 à 2004)* » (paragraphe 211). L'enquête n'ayant, par ailleurs, fait ressortir aucun élément permettant de dire que les prix de l'industrie communautaire ou d'autres indicateurs de préjudice avaient été influencés par un quelconque comportement anticoncurrentiel, il concluait que « *l'entente formée par certains producteurs communautaires avant 2001 n'a eu aucun impact sur la situation préjudiciable de l'industrie communautaire au cours de la période considérée* » (*ibid.*). Un producteur-exportateur alléguant qu'auraient dû être examinés « *les effets potentiels du retour de l'industrie communautaire à des conditions normales de concurrence après que le comportement d'entente [eut] pris fin en 1999* », le Conseil souligna qu'une petite partie du produit concerné avait fait l'objet de la procédure d'entente, et estima qu'un délai de deux ans entre la fin de l'entente et de début de la période pour laquelle un préjudice était recherché était suffisant pour permettre un retour à des conditions normales de concurrence (paragraphe 212-214).

procédure. Par conséquent, le Conseil estima que « [s]’il devait s’avérer qu’une entente a existé sur le marché communautaire, les mesures pourront être dûment réexaminées »¹⁸¹³. Hors il s’avéra que, subséquemment à l’institution des droits antidumping, une entente fut constatée¹⁸¹⁴. Pourtant, il ne semble pas qu’un réexamen ait été conduit en vue de tirer les éventuelles conséquences de la décision antitrust. Sans doute était-il inutile, dès lors que l’entente concernait la vente d’acier de précontrainte, à l’exception des torons et des câbles spéciaux, produits en cause dans la procédure antidumping, et que l’infraction avait pris fin en 2002, alors que les mesures antidumping adoptées en 2009 étaient fondées sur des données relatives aux années 2004 à 2007.

495. Plus récemment, la Commission a, dans l’affaire du *contreplaqué d’okoumé chinois*, ouvert d’office un réexamen intermédiaire¹⁸¹⁵, « à la suite de la mise en cause d’un certain nombre de producteurs français de ce produit dans une procédure judiciaire ouverte en France pour comportement anticoncurrentiel »¹⁸¹⁶. Elle a « considéré qu’il ne pouvait être exclu qu’un tel comportement ait pu fausser l’appréciation du préjudice lors de l’enquête initiale » et qu’un réexamen du préjudice subi par l’Union s’imposait¹⁸¹⁷. De fait, le Conseil de la concurrence avait infligé des amendes à six producteurs français de contreplaqué pour entente sur les prix entre novembre 1995 et mai 2004¹⁸¹⁸. L’existence d’un préjudice important ayant

¹⁸¹³ Règlement (CE) n° 383/2009 du Conseil, du 5 mai 2009, instituant un droit antidumping définitif et portant perception du droit provisoire institué sur les importations de certains câbles et torons de pré- et postcontrainte en acier non allié (câbles et torons PSC) originaires de la République populaire de Chine, *JOUE* L 118, 13 mai 2009, p. 1 (paragraphe 69) : appréciation faite dans le cadre du critère de l’intérêt communautaire.

¹⁸¹⁴ Décision de la Commission du 30 juin 2010, relative à une procédure d’application de l’article 101 du traité sur le fonctionnement de l’Union européenne et de l’article 53 de l’accord EEE (COMP/38.344 – *Acier de précontrainte*), *JOUE* C 339, 19 novembre 2011, p. 7 (résumé de la décision).

¹⁸¹⁵ Des mesures adoptées par le règlement (CE) n° 1942/2004 du Conseil, du 2 novembre 2004 instituant un droit antidumping définitif et portant perception définitive du droit provisoire institué sur les importations de contreplaqué d’okoumé originaire de la République populaire de Chine, *JOCE* L 336, 12 novembre 2004, p. 4.

¹⁸¹⁶ Règlement d’exécution (UE) n° 82/2011 du Conseil, du 31 janvier 2011, instituant un droit antidumping définitif sur les importations de contreplaqué d’okoumé originaire de la République populaire de Chine à la suite d’un réexamen au titre de l’expiration des mesures conformément à l’article 11, paragraphe 4, du règlement de base, et clôturant un réexamen intermédiaire partiel conformément à l’article 11, paragraphe 3, dudit règlement, *JOUE* L 28, 2 février 2011, p. 1 (paragraphe 4).

¹⁸¹⁷ *Ibid.* (paragraphe 4-5).

¹⁸¹⁸ Décision n° 08-D-12 du 21 mai 2008, relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la production du contreplaqué, confirmée, pour l’essentiel, par la Cour d’appel de Paris dans un arrêt du

été déterminée, au cours de l'enquête antidumping initiale, sur la période de janvier 1999 à mai 2003, et sur la base d'un échantillon de cinq producteurs européens dont trois français parmi lesquels deux avaient été sanctionnés par le Conseil de la concurrence, les institutions européennes examinèrent l'incidence que le comportement anticoncurrentiel de ces deux fabricants français aurait pu avoir sur son analyse initiale du préjudice. Constatant que les prix de ces derniers étaient plus élevés que ceux des autres producteurs de l'échantillon, l'approche des institutions consista à supprimer du calcul du préjudice les données de ces deux sociétés françaises¹⁸¹⁹. Leur conclusion fut que, « *même si la situation en ce qui concerne le préjudice aurait été plus nuancée si on avait exclu les sociétés françaises condamnées à une amende, l'enquête initiale aurait tout de même conclu à un préjudice important* »¹⁸²⁰. Quant à la question de savoir si le comportement anticoncurrentiel des producteurs français pouvait avoir un effet sur les conclusions du réexamen en ce qui concerne le préjudice, elle fut négative, l'entente ayant cessé en 2004 et n'étant dès lors pas susceptible d'avoir influencé les indicateurs de préjudice examinés sur la période 2006-2009¹⁸²¹.

CONCLUSION DU CHAPITRE I

496. Les restrictions de concurrence engendrées par, ou collatérales à l'action antidumping affaiblissent la légitimité de cette défense commerciale supposée promouvoir une concurrence équitable et rétablir une concurrence effective. Elles constituent des points de conflit avec le droit de la concurrence, attaché à la promotion de la libre concurrence. Pourtant, dès lors qu'elles demeurent strictement limitées à ce qui est nécessaire et inévitable pour atteindre l'objectif de concurrence loyale, équitable, légitimement poursuivi par l'action antidumping, leur existence ne constitue pas une objection dirimante à la thèse de la compatibilité entre la législation antidumping et les règles de concurrence de l'Union. Bien que conceptuellement très

29 septembre 2009 (qui a légèrement réduit le montant des amendes) (et le pourvoi en cassation rejeté le 15 mars 2011).

¹⁸¹⁹ Règlement d'exécution (UE) n° 82/2011, préc. (paragraphe 73-77).

¹⁸²⁰ *Ibid.* (paragraphe 78).

¹⁸²¹ *Ibid.* (paragraphe 79).

différentes, ces deux réglementations européennes doivent cohabiter et, dès lors que les conséquences de la première sur la libre concurrence sont réduites aux seuls effets intrinsèquement liés aux mesures, leur existence ne doit pas être considérée comme une source d'incompatibilité entre l'action antidumping et le droit de la concurrence. La coexistence paisible entre l'action antidumping et les règles de concurrence est nécessaire, bien que difficile, en pratique, à concrétiser.

497. Afin d'éviter que l'action antidumping ait sur la concurrence des incidences nocives excessives, plusieurs situations devraient être effectivement évitées. Les plaintes antidumping ne devraient pas pouvoir être détournées de leur objectif légitime de déclenchement d'une procédure susceptible de conduire à réagir contre la concurrence étrangère déloyale, en manifestant l'exploitation d'une position dominante, ou en constituant l'instrument des parties à une entente cherchant à protéger leur concertation restrictive de concurrence. En outre, si les plaignants jouent un rôle important dans le processus de rassemblement des faits par la Commission, ce rôle ne devrait pas provoquer ou faciliter des échanges d'informations pouvant réduire la concurrence entre des producteurs européens qui, en plus d'être prétendument victimes des importations en dumping, sont également concurrents. Si la réunion d'informations relatives à chaque producteur, normalement ignorées de ses concurrents, est nécessaire, leur échange entre producteurs de l'industrie de l'Union peut être évité. Les restrictions de concurrence alternatives à l'adoption de mesures antidumping qui sont le fait d'autorités publiques, paraissent moins nocives pour la concurrence que celles résultant d'ententes constituées pour résoudre d'une manière privée le problème posé par des importations prétendument effectuées en dumping, que ces ententes soient formées entre, d'une part, les entreprises étrangères productrices du produit concerné par les importations en dumping et, d'autre part, les fabricants européens du produit similaire à ce dernier, ou qu'elles soient mises en place entre ces derniers seulement. Le recours aux mesures alternatives publiques peut, en effet, tenir compte de l'intérêt général du pays ou des pays à leur origine, et ainsi prendre en compte l'intérêt des consommateurs et utilisateurs à une concurrence la moins restreinte possible. En revanche, les restrictions alternatives privées ne sont que l'expression des intérêts privés des entreprises impliquées. D'ailleurs, réunies pour s'entendre pour neutraliser ou mettre fin au dumping, de telles ententes peuvent aisément s'étendre à d'autres domaines ou

à d'autres produits, et engendrer ainsi un préjudice concurrentiel disproportionné par rapport au bénéfice supposé de la suppression d'une pratique déloyale.

498. Si l'industrie de l'Union est, elle-même, par son comportement anticoncurrentiel, à l'origine de son préjudice, la condition de préjudice *lato sensu* ne devrait pas être considérée comme remplie. Toutefois, la constatation que le comportement licite ou illicite de cette industrie est en partie responsable de son dommage n'exclut pas qu'un préjudice important soit causé par les importations en dumping. Il n'est pas requis que ces dernières soient la seule cause, ni même la cause principale du préjudice, et il suffit qu'un préjudice important leur soit imputable. Par ailleurs, la pratique anticoncurrentielle avérée peut n'être le fait que d'un petit nombre de producteurs européens. Rien ne justifie que les autres fabricants¹⁸²² soient privés de la protection offerte par la défense contre le dumping, ou que les auteurs du dumping profitent de la faute d'un petit nombre d'entreprises européennes en échappant à l'institution de mesures antidumping.

Nonobstant la constatation d'un préjudice important imputable aux importations effectuées en dumping, la question du maintien, par les effets d'une mesure antidumping justifiée, d'un avantage procuré à l'industrie de l'Union par une entente révolue ou un abus de position dominante disparu, peut être examinée dans le cadre du critère de l'intérêt de l'Union. Par ailleurs, la probabilité que les mesures renforcent la situation dominante de l'industrie de l'Union peut être prise en considération dans ce cadre. La mise en balance d'intérêts opposés qui doit être effectuée par les institutions européennes permet de tenir compte de ces situations concurrentielles particulières.

499. Les incidences sur la concurrence liées à la mise en œuvre de législation antidumping ici présentées – celles engendrées par les mesures et celles collatérales à l'action antidumping – doivent être limitées par la législation antidumping et combattues par les institutions chargées de l'appliquer, le cas échéant avec le concours de la mise en œuvre des règles de libre concurrence par les autorités compétentes, sans toutefois compromettre l'efficacité du légitime instrument antidumping.

¹⁸²² En nombre suffisant pour constituer l'industrie de l'Union aux fins de la législation antidumping.

CHAPITRE II – LA LIMITATION DES RESTRICTIONS DE CONCURRENCE LIÉES À L’ACTION ANTIDUMPING

500. L’incidence de l’action antidumping sur la concurrence est l’une des deux préoccupations qui avait fait émerger le thème *commerce et concurrence* dans la deuxième moitié des négociations du Cycle de l’Uruguay (1986-1993). L’« *emploi massif de mesures antidumping par quatre grands pays industriels (Australie, Canada, Communauté et États-Unis)* », en particulier contre les exportations du Japon et des pays asiatiques émergents, préoccupaient ces derniers en raison des « *forts effets anti-concurrentiels* » de procédures et mesures qui favorisaient, selon eux, « *notamment des ententes de prix ou de quantités dans les pays importateurs mettant en œuvre ces instruments, voire sur les marchés mondiaux concernés* »¹⁸²³. À l’inverse, américains et européens s’inquiétaient que des « *comportements privés collusifs sur les marchés japonais ou asiatiques* » puissent constituer « *autant de substituts à des barrières tarifaires décroissantes aux échanges* »¹⁸²⁴. Les réflexions menées ultérieurement sur ce thème, au sein de l’OMC, dans le cadre du *Groupe de travail de l’interaction du commerce et de la politique de la concurrence* établi fin 1996¹⁸²⁵, n’ont produit aucun résultat concret. Les travaux de cette enceinte d’études, stoppés en 2003, ont essentiellement été conduits dans une pure optique de politique de concurrence, la problématique des relations de l’antidumping avec cette dernière n’y ayant été discutée que lors de quelques réunions du groupe tenues en 1998 et 1999. Nonobstant l’absence de progrès à l’échelon international en matière de prise en compte de l’incidence anticoncurrentielle des actions antidumping¹⁸²⁶, la réaction européenne à la situation de concurrence présumée déloyale résultant des importations effectuées en dumping peut et doit tenir compte de ses répercussions sur la concurrence dans le marché intérieur, en vue de les cantonner au minimum incompressible. La nécessaire conciliation entre l’action de défense commerciale en

¹⁸²³ Pierre JACQUET, Patrick MESSERLIN et Laurence TUBIANA, *Le cycle du millénaire, rapport, Conseil d’analyse économique*, Paris, La documentation française, 1999, 145 p. ; spéc. p. 49.

¹⁸²⁴ *Ibid.*

¹⁸²⁵ Thème à propos duquel de futures négociations avaient été envisagées lors du lancement du Cycle de Doha en 2001.

¹⁸²⁶ Mis à part le contrôle de l’application de l’encadrement multilatéral qui, d’un certain point de vue, contribue à réduire cette incidence nocive.

matière de pratiques tarifaires des entreprises et la politique de concurrence implique de limiter au maximum les restrictions au libre jeu concurrentiel engendrées par, ou collatérales à cette action. À cette fin, des moyens d'ordre matériel (**Section 1**) et procédural (**Section 2**) peuvent être mobilisés.

Section 1 – Les moyens matériels de limitation des restrictions de concurrence

501. Si elle n'est pas inexacte, l'affirmation du Parlement européen selon laquelle l'action antidumping de l'Union dispose de « *sauvegardes importantes destinées à en empêcher l'utilisation à des fins protectionnistes* »¹⁸²⁷ doit cependant être nuancée. Elle est correcte en ce que plusieurs règles matérielles de la législation antidumping européenne – issues de la transposition du Code antidumping ou de l'usage positif de la latitude reconnue par la discipline multilatérale de l'OMC – sont de nature à permettre une limitation des incidences nocives pour la libre concurrence – notamment par une utilisation orientée en ce sens de l'importante marge d'appréciation dans leur application. Mais elle est exagérée car l'objectif des « *sauvegardes* » évoquées n'est qu'imparfaitement atteint. Nonobstant, certaines conditions d'adoption des mesures antidumping¹⁸²⁸ (§ I.), ainsi que des règles limitant leurs champs d'application temporel et personnel (§ II.), constituent des garde-fous contre le risque de dérive protectionniste et circonscrivent les effets concurrentiels néfastes de ces mesures.

§ I. Les règles relatives à l'adoption des mesures antidumping

502. L'actuelle législation antidumping de l'Union limite les effets nocifs pour la concurrence engendrés par les mesures antidumping par des dispositions matérielles

¹⁸²⁷ Parl. eur., *Rapport de la Commission des relations économiques extérieures sur la politique antidumping de la Communauté européenne*, document de séance A3-03336/90, 30 novembre 1990. Le Parlement identifie comme de telles *sauvegardes* la condition que les mesures servent les intérêts de la Communauté, la règle du droit moindre et la clause relative à l'expiration des mesures (*sunset*) (p. 11).

¹⁸²⁸ Telles que la clause d'intérêt public et la règle du droit moindre évoquées par le Parlement européen dans son rapport visé à la note précédente.

relatives à la possibilité, à l'opportunité et à l'ampleur des mesures. Quant à la possibilité d'adopter des mesures, non seulement le dépassement d'un seuil *de minimis* conditionne l'ouverture d'une procédure mais, en outre, deux seuils imposent, s'ils se révèlent non atteints, sa clôture sans institution de mesures (**A.**). S'agissant de l'opportunité d'instituer une réponse antidumping lorsque sont réunies les trois conditions de dumping, préjudice et lien de causalité, une clause d'intérêt public oblige les institutions européennes à vérifier que l'adoption d'une mesure antidumping n'en pas contraire à l'intérêt de l'Union, notamment au maintien d'une concurrence non faussée dans le marché intérieur (**B.**). Enfin, concernant l'ampleur des mesures antidumping adoptées, la règle dite du *droit moindre* la plafonne au niveau suffisant pour éliminer le préjudice. Les droits institués étant d'un montant moindre que s'ils avaient été fixés au niveau de la marge de dumping, leur incidence négative sur la concurrence est plus faible (**C.**). Prévues comme facultatives par le Code antidumping, la prise en compte de l'intérêt de l'Union et la limitation des droits à ce qui est suffisant pour neutraliser le préjudice de l'industrie sont impératives dans la législation antidumping européenne (elles font partie de ce que la Commission appelle les *éléments OMC+* du système antidumping de l'Union).

A. La possibilité d'adopter des mesures soumise au dépassement de seuils de *de minimis*

503. En empêchant l'adoption de mesures lorsque des seuils ne sont pas atteints, les règles *de minimis* réduisent le champ d'application matériel des instruments de défense commerciale contre le dumping et atténuent ainsi l'incidence sur la concurrence de l'action antidumping. L'encadrement multilatéral prévoit une clôture immédiate des enquêtes¹⁸²⁹ lorsque : 1) soit la marge de dumping est *de minimis* ; 2) soit le préjudice est négligeable (en raison d'un volume d'importations négligeable qui permet de présumer que les importations ne peuvent causer un préjudice important¹⁸³⁰). À cette double exigence qu'elle reprend¹⁸³¹, la législation européenne

¹⁸²⁹ Article 5.8 du Code antidumping.

¹⁸³⁰ V. Ivo VAN BAEL et Jean-François BELLIS, *EU Anti-Dumping and Other Trade Defence Instruments*, 5^{ème} éd., Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2011, 1368 p. ; spéc. p. 285.

¹⁸³¹ Article 9, paragraphe 3, du règlement de base.

ajoute un obstacle à l'ouverture d'une procédure (et donc d'une enquête)¹⁸³² lorsque les importations sont négligeables¹⁸³³. Ainsi, une procédure ne peut être ouverte contre des pays dont les importations représentent une part de marché inférieure à 1% de la consommation communautaire, à moins que, collectivement, les importations des pays concernés en représentent au moins 3%. Ce *test de la part de marché* est également utilisé pour déterminer si un préjudice est négligeable et impose la clôture immédiate de la procédure ouverte. Lorsque le seuil pertinent (1% ou 3%) n'est pas satisfait, les conséquences sont notables : selon le stade procédural atteint, soit aucune enquête n'est entreprise sur l'ensemble des importations du ou des pays concernés, soit une clôture de la procédure toute entière est prononcée pour le ou les pays concernés.

Dans le cadre du test européen, le pourcentage pertinent est établi par rapport à la consommation dans l'Union – d'où l'appellation *test de la part de marché (market share test)*¹⁸³⁴, alors que le Code antidumping prévoit un calcul par référence aux importations totales – *test de la part des importations (import share test)*, et fixe des pourcentages différents : 3% pour les importations en dumping d'un seul pays et 7% en cas de cumul d'importations¹⁸³⁵. Selon les cas, le test européen peut s'avérer plus strict/libéral (et donc licite) ou plus souple/protecteur (et donc illicite) que le test multilatéral¹⁸³⁶. Mais, en pratique, la solution européenne ne peut qu'être favorable aux importations de pays tiers puisque, lorsque les volumes importés excèdent les seuils du règlement de base mais n'atteignent pas ceux du Code antidumping, les institutions de l'Union, afin de respecter l'esprit du Code, appliquent les seuils de ce

¹⁸³² Sur la différence entre *procédure* et *enquête*, v., en particulier, Ivo VAN BAEL et Jean-François BELLIS, *EU Anti-Dumping and Other Trade Defence Instruments*, 5^{ème} éd., *op. cit.* ; spéc. p. 457-458 ; et Edwin VERMULST, *EU Anti-Dumping Law and Practice*, 2^{ème} éd., Londres, Sweet & Maxwell, 2010, 753 p. ; spéc. p. 50. Le Code antidumping ne connaît que la notion d'*enquête*, alors que la législation européenne distingue *procédure* et *enquête*. Une procédure est ouverte lorsqu'une plainte est jugée recevable, et plusieurs enquêtes pourront avoir lieu dans le cadre de cette procédure, notamment des enquêtes de réexamen.

¹⁸³³ Article 5, paragraphe 7, du règlement de base.

¹⁸³⁴ Un tel test figurait dans le *Projet Dunkel*, document synthétisant l'ensemble des propositions faites dans les premières années des négociations du Cycle de l'Uruguay, présenté en décembre 1991 par Arthur DUNKEL, alors Directeur général du GATT, qui servit de base aux négociations et à la conclusion de l'Accord de Marrakech (créant l'OMC) en avril 1994. Il comportait un projet d'accord antidumping.

¹⁸³⁵ Article 5.8 du Code antidumping.

¹⁸³⁶ Pour une mise en évidence de ces deux situations, v. Edwin VERMULST, *The WTO Anti-dumping Agreement, A Commentary*, Oxford University Press, 2008 (reprint.), spéc. p. 122.

dernier¹⁸³⁷. Ainsi, *in fine*, la solution retenue par le législateur européen se révèle-t-elle libérale et les exportateurs bénéficient toujours de la solution la plus avantageuse.

504. Quant à la marge de dumping, elle est *de minimis* lorsqu'elle est inférieure à 2% du prix à l'exportation, et non pas de la valeur normale¹⁸³⁸. La marge de dumping étant normalement établie individuellement, à moins que les marges individuelles de tous les exportateurs soient toutes minimales, la procédure n'est pas terminée. Elle reste ouverte à l'égard des autres producteurs-exportateurs. Seule est clôturée l'enquête à l'égard de ceux dont les marges sont nulles ou *de minimis*. La réglementation de base prévoit que ces producteurs-exportateurs restent soumis à la procédure et peuvent faire l'objet d'une nouvelle enquête lors de tout réexamen ultérieur effectué pour le pays concerné¹⁸³⁹. L'incidence de ce seuil de marge *de minimis* sur les possibles effets néfastes pour la concurrence des mesures antidumping est, par conséquent, limité. Cette possibilité de réactivation de la procédure, seulement endormie, n'est pas envisagée par le Code antidumping qui, ne distinguant pas entre procédure et enquête (contrairement à la législation de l'Union), prévoit une clôture de l'enquête partielle mais définitive pour l'exportateur concerné¹⁸⁴⁰. La solution européenne pourrait être jugée contraire au Code, en particulier depuis les positions adoptées dans l'affaire *Mexique – mesures antidumping définitives visant le riz*, tant par le Groupe spécial¹⁸⁴¹ que par l'Organe d'appel¹⁸⁴², à l'encontre de la pratique consistant à ne pas clôturer l'enquête lorsque seulement certains producteurs-exportateurs ont une marge

¹⁸³⁷ Ivo VAN BAEL et Jean-François BELLIS, *EU Anti-Dumping and Other Trade Defence Instruments*, 5^{ème} éd., *op. cit.* ; spéc. p. 286.

¹⁸³⁸ Si le % était par rapport à la valeur normale, le seuil serait en pratique légèrement plus élevé. Soit un prix à l'exportation de 400 et une valeur normale de 408, la marge égale à 8 représente 2% du prix à l'exportation, mais 1,96% de la valeur normale. Une marge de 8,16 représenterait 2% de cette valeur normale. La différence est minime, mais réelle.

¹⁸³⁹ Article 9, paragraphe 3, du règlement de base.

¹⁸⁴⁰ L'enquête étant unique (il n'y a pas autant d'enquêtes que d'exportateurs ou de producteurs étrangers), la clôture de l'enquête est partielle ; elle est clôturée en ce qui concerne l'exportateur ou le producteur pris individuellement pour lequel une marge nulle ou *de minimis* est établie (v. rapport de l'Organe d'appel, *Mexique – mesures antidumping définitives visant la viande de bœuf et le riz – plainte concernant le riz*, AB-2005-6, WT/DS295/AB/R, 29 novembre 2005, paragraphe 218).

¹⁸⁴¹ Rapport du Groupe spécial *Mexique – mesures antidumping définitives visant la viande de bœuf et le riz – plainte concernant le riz*, WT/DS295/R, 6 juin 2005, paragraphe 7.145.

¹⁸⁴² Rapport de l'Organe d'appel, *Mexique – mesures antidumping définitives visant la viande de bœuf et le riz – plainte concernant le riz*, AB-2005-6, WT/DS295/AB/R, 29 novembre 2005, paragraphe 221.

nulle ou *de minimis*¹⁸⁴³, et à adopter une mesure antidumping visant ces derniers en instaurant à leur égard des droits nuls. Ce risque contentieux semble reconnu par la Commission qui a récemment proposé de supprimer cette possibilité de réactivation de la procédure¹⁸⁴⁴ : désormais, la procédure devra être immédiatement clôturée en ce qui concerne les producteurs-exportateurs à propos desquels l'enquête initiale a déterminé qu'ils n'ont pas pratiqué de dumping ou ont pratiqué un dumping *de minimis*, et ils pourront seulement faire l'objet, le cas échéant, d'une nouvelle procédure.

505. Lorsque la faiblesse des volumes des importations fait obstacle à l'ouverture d'une procédure, le seuil *de minimis* intervient à un stade précoce de l'action antidumping. Sa mise en œuvre conduit au rejet de la plainte au plus tard 45 jours après son dépôt. Par conséquent, cette règle est celle qui permet le plus efficacement de réduire l'incidence restrictive de concurrence de l'action antidumping.

L'effet favorable pour la concurrence de ce seuil *de minimis*, comme de ceux qui entraînent la clôture de procédure, plaide en faveur de leur relèvement dont le résultat concret prévisible serait une réduction des occasions d'action antidumping. D'autant que ces seuils sont très peu élevés, en particulier si on les compare aux seuils de parts de marché retenus par la Commission pour déterminer ce qui ne constitue pas une restriction sensible de la concurrence au sens de l'article 101 TFUE : 10 et 15% selon les types d'accords¹⁸⁴⁵. Mais, sur cette question, la comparaison des deux législations ne doit pas ignorer les différences de force contraignante des seuils. En matière antidumping, lorsque les seuils ne sont pas atteints, les institutions ne peuvent pas agir contre le dumping. En revanche, les seuils antitrust *de minimis* ont une force contraignante plus faible puisqu'ils ne constituent qu'une autolimitation par la Commission de son pouvoir d'appréciation. Ils ne lient ni les juridictions, ni les ANC des États membres, qui peuvent appliquer l'article 101 TFUE à un accord lorsque les

¹⁸⁴³ Autrement dit à ne la clôturer que lorsque la marge de dumping à l'échelle du pays est *de minimis* (l'expression à l'échelle du pays est ambiguë car, en l'occurrence, elle ne vise pas une marge unique globalement *de minimis*, mais toutes les marges individuelles établies).

¹⁸⁴⁴ V. considérant n° 13 et article 1^{er}, paragraphe 3, de la proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil modifiant le règlement (CE) n° 1225/2009, COM(2013) 192 final, 10 avril 2013.

¹⁸⁴⁵ Comm. eur., *Communication concernant les accords d'importance mineure qui ne restreignent pas sensiblement le jeu de la concurrence au sens de l'article 81, paragraphe 1, du traité instituant la Communauté européenne (de minimis)*, JOCE C 368, 22 décembre 2001, p. 13.

seuils ne sont pas atteints dès lors que cet accord restreint sensiblement la concurrence¹⁸⁴⁶.

Nonobstant le caractère souhaitable d'un relèvement des seuils, aucune évolution à cet égard n'est prévisible. Le dernier projet de nouvel accord antidumping présenté par le président du Groupe de négociation sur les règles du Cycle de Doha¹⁸⁴⁷ – actuellement dans l'impasse¹⁸⁴⁸ – ne prévoit aucune modification des seuils. Ce qui n'interdit pas à l'Union de renforcer unilatéralement ses seuils puisque le droit de l'OMC n'interdit pas aux Membres de considérer, dans une affaire particulière, que des volumes d'importation et/ou des marges de dumping dépassant les seuils actuels sont néanmoins négligeables et commandent la clôture d'une procédure/enquête, voire s'opposent à son ouverture. Ainsi le législateur de l'Union pourrait-il modifier le règlement de base en remplaçant les seuils actuels par des seuils plus élevés. Mais aucune proposition en ce sens ne figure dans la récente communication de la Commission sur la « *modernisation des instruments de défense commerciale* »¹⁸⁴⁹.

B. L'opportunité d'instituer des mesures appréciée au regard de l'intérêt de l'Union

506. La clause d'intérêt public dont l'introduction dans les législations antidumping est seulement suggérée par le droit de l'OMC, existe dans l'Union européenne sous le nom de clause d'intérêt de l'Union¹⁸⁵⁰. Cet intérêt général, combinaison d'intérêts particuliers divers, est pris en considération avant l'institution des droits provisoires, puis définitifs, et préalablement à l'acceptation d'engagements, sous la forme d'une condition négative. En effet, les mesures ne peuvent être instituées, en cas d'examen positif de l'existence d'un dumping et d'un préjudice important en résultant, que si

¹⁸⁴⁶ CJUE, 13 décembre 2012, *Expédia Inc.*, aff. C-226/11, non encore publié au *Rec.* (pts 24-32).

¹⁸⁴⁷ OMC, Groupe de négociation sur les règles, *Communication du président*, TN/RL/W/254, 21 avril 2011 ; spéc. p. 12.

¹⁸⁴⁸ V. Comm. eur., *Communication au Conseil et au Parlement européen relative à la modernisation des instruments de défense commerciale – Adapter les instruments de défense commerciale aux besoins actuels de l'économie européenne*, COM(2013) 191 final, 10 avril 2013, paragraphe 1.1. La Commission se place actuellement « *dans la perspective que le cadre multilatéral de l'OMC ne changerait pas dans un futur prévisible* ».

¹⁸⁴⁹ COM(2013) 191 final, 10 avril 2013.

¹⁸⁵⁰ Anciennement *intérêt de la Communauté*. Sur l'évolution de la terminologie, v. *supra* n° 33.

leur adoption n'est pas *contraire* à l'intérêt de l'Union¹⁸⁵¹ – et non pas si elle est *conforme* à cet intérêt européen.

En exigeant que l'opportunité des mesures antidumping soit jaugée au regard de l'intérêt de l'Union, la législation de base permet la prise en compte de nombreux intérêts autres que ceux de l'industrie européenne, notamment ceux des utilisateurs et consommateurs des produits en cause, bénéficiaires directs ou indirects des règles européennes de concurrence. Elle « *requiert une mise en balance des intérêts des différentes parties concernées et de l'intérêt général* »¹⁸⁵². Parmi les conditions à l'institution de mesures, l'absence d'incompatibilité avec l'intérêt de l'Union apparaît comme la mieux à même d'assurer une prise en compte des objectifs de la politique européenne de concurrence¹⁸⁵³, comme l'avaient souligné l'avocat général Jacobs dans ses conclusions sous l'arrêt *Extramet*¹⁸⁵⁴ et, antérieurement, l'avocat général Van Gerven dans l'affaire *Nölle*¹⁸⁵⁵.

507. L'un des freins à l'efficacité de la clause d'intérêt public européenne dans la prise en compte des préoccupations de concurrence soulevées par l'action antidumping est sa nature négative. Elle peut seulement faire obstacle à l'institution

¹⁸⁵¹ V. la présentation de cette clause *supra* n° 31 et s. L'article 8 du règlement de base, relatif aux engagements, n'indique pas que leur adoption ne doit pas être contraire à l'intérêt de la Communauté, contrairement aux articles relatifs aux droits provisoires et définitifs, mais l'article 21, relatif à l'intérêt de la Communauté, prévoit l'application de cette condition négative à toutes les *mesures*, ce qui vise les engagements.

¹⁸⁵² V., notamment, TPICE, 8 juillet 2003, *Euroalliages e.a. c/ Commission*, aff. T-132/01, *Rec.* p. II-2359 (pt 48).

¹⁸⁵³ À cet égard, il peut être remarqué que, dans une recommandation de 1986, l'OCDE soulignait que « *les gouvernements devraient chercher à s'assurer que les considérations de politique de concurrence sont prises en compte lors de l'élaboration et de la mise en œuvre des politiques commerciales, y compris les lois relatives aux pratiques commerciales déloyales* », visant ainsi la législation antidumping (OCDE, *Recommandation du Conseil relative à la coopération entre pays Membres dans les domaines de conflit potentiel entre politique de la concurrence et politique commerciale*, 23 octobre 1986 (C(86)65(final)), point 10).

¹⁸⁵⁴ Conclusions sous CJCE, 11 juin 1992, *Extramet Industries SA c/ Conseil*, aff. C-358/89, *Rec.* p. I-3813. L'avocat général VAN GERVEN estimait que, « *en général, il convient que les institutions tiennent compte des facteurs pertinents relevant de la politique de concurrence lorsqu'elles examinent si les "intérêts de la Communauté" nécessitent une action* », tout en reconnaissant que, « *[c]ependant, des questions de concurrence pourront être également soulevées dans d'autres contextes, notamment en ce qui concerne le préjudice* » (pt 34).

¹⁸⁵⁵ Conclusions sous CJCE, 22 octobre 1991, *Eugen Nölle c/ Hauptzollamt Bremen-Freihafen*, aff. C-16/90, *Rec.* p. I-5163 : « *La mise en balance de ces intérêts contradictoires est une tâche incombant à la Commission et au Conseil qui, lorsqu'ils apprécient si l'institution d'un droit antidumping est de l'intérêt de la Communauté, doivent se fonder sur une double ligne de conduite : d'une part, l'objet des procédures antidumping ne saurait être d'entériner ou de susciter des pratiques qui sont contraires aux règles de concurrence et d'autre part, il convient d'éviter, dans la mesure du possible, que des mesures et des procédures antidumping produisent un tel effet.* » (pt 11).

de mesures, et seulement « *lorsque les autorités, compte tenu de toutes les informations fournies, peuvent clairement conclure qu'il n'est pas dans l'intérêt de la Communauté d'appliquer de telles mesures* »¹⁸⁵⁶. Si l'article 21 du règlement de base, qui empêche l'adoption de mesures lorsque tel n'est « *clairement* » pas dans l'intérêt de l'Union, indique que ces intérêts sont, notamment, ceux des utilisateurs et consommateurs, il n'envisage pas spécifiquement que les mesures projetées puissent être contraires aux objectifs de la politique de concurrence et, pour cette raison, ne puissent pas être adoptées. Au contraire, il présente expressément les mesures antidumping comme capables de « *restaurer une concurrence effective* ». Néanmoins, il serait contraire à l'intérêt de l'Union d'adopter des mesures qui, soit réduiraient excessivement la concurrence dans le marché unique, soit permettraient de renforcer une entente préexistante, ou d'en faciliter la mise en œuvre, soit conduiraient à l'abus d'une position dominante¹⁸⁵⁷. La nécessité de protéger une industrie communautaire qui risquerait de disparaître en l'absence de mesures antidumping « *justifie l'éventuel renforcement de la position sur le marché de l'un des producteurs communautaires en conséquence de l'institution de droits antidumping* », tout au moins lorsqu'il n'existe pas de raison de craindre des abus¹⁸⁵⁸.

508. Convertir la clause d'intérêt public en condition positive contribuerait à augmenter son efficacité et, en particulier, ses bénéfices pour la concurrence. Une telle évolution, qui pourrait d'ailleurs s'ajouter à l'extension de son cadre d'application proposée *infra*¹⁸⁵⁹, ferait succéder à la présomption actuelle d'intérêt de l'Union à l'adoption de mesures, une condition nouvelle dont la vérification positive conditionnerait l'adoption d'une réponse antidumping. Au lieu de vérifier si, clairement, il n'est pas dans l'intérêt de l'Union d'appliquer des mesures antidumping, compte tenu de la « *nécessité d'éliminer les effets de distorsions des échanges d'un dumping préjudiciable et de restaurer une concurrence effective* »¹⁸⁶⁰, il conviendrait de s'assurer qu'il est effectivement dans l'intérêt de l'Union d'adopter des mesures antidumping, compte tenu de la nécessité de ne pas restreindre

¹⁸⁵⁶ Article 21 du règlement de base.

¹⁸⁵⁷ V. *supra* n° 37 et n° 489-491.

¹⁸⁵⁸ CJCE, 14 juin 1990, *Gestetner Holdings plc c/ Conseil et Commission*, aff. C-156/87, *Rec.* p. I-781 (pt 64-65).

¹⁸⁵⁹ V. *infra* n° 533 et s.

¹⁸⁶⁰ Article 21, paragraphe 1, du règlement de base.

excessivement la concurrence et, notamment, de ne pas favoriser ou renforcer les effets d'une entente ou d'un abus de position dominante préalablement constaté. Une telle application positive ne priverait pas l'industrie de l'Union de la protection à laquelle elle peut légitimement prétendre face aux importations effectuées en dumping qui lui causent un préjudice important, en particulier lorsqu'une partie seulement de ses membres s'est rendue coupable d'une pratique anticoncurrentielle. Elle réduirait seulement le poids des intérêts de l'industrie dans leur mise en balance avec les autres intérêts concernés. Mais, sans surprise, les modifications de la législation antidumping proposées en avril 2013 par la Commission n'envisagent pas une telle conversion. De même n'a pas été reprise l'idée, soumise à discussion par le livre vert de 2006 sur les instruments de défense commerciale, de permettre l'utilisation du critère non plus seulement pour décider d'adopter ou non une mesure, mais également pour ajuster à la baisse la mesure envisagée, voire pour exonérer de droits certains produits pour des raisons liées à l'intérêt de l'Union¹⁸⁶¹.

509. En considérant que le Conseil avait commis une erreur de droit en considérant que des informations postérieures à la période d'enquête (période immédiatement antérieure à l'ouverture d'une enquête antidumping) ne pouvaient pas être utilisées aux fins de l'appréciation de l'intérêt de l'Union, le Tribunal a adopté une solution logique favorable à l'effectivité de cette clause d'intérêt public. Il a souligné qu' « aucune restriction temporelle quant aux données pouvant être prises en compte par les institutions aux fins de la constatation de l'existence d'un intérêt communautaire » ne figure dans le règlement de base, et que « l'examen de l'intérêt communautaire nécessite une évaluation des conséquences probables tant de l'application que de la non-application des mesures envisagées [...] [c]ette évaluation implique un pronostic fondé sur des hypothèses concernant des événements futurs ». Cette analyse est « de nature prospective » et les informations à prendre en compte ne concernent donc pas la période d'enquête, mais lui sont postérieures¹⁸⁶².

¹⁸⁶¹ Comm. eur., *L'Europe dans le monde – Les instruments de défense commerciale de l'Europe dans une économie mondiale en mutation, Livre vert à soumettre à la consultation publique*, 6 décembre 2006, COM(2006) 763 final ; spéc. p. 9.

¹⁸⁶² Trib.UE, 25 octobre 2011, *Transnational Company “Kazchrome” AO e.a. c/ Conseil*, aff. T-192/08, *Rec. p. II-7449* (pts 220-225).

C. L'ampleur des mesures plafonnée par la règle du droit moindre

510. En vertu de la discipline multilatérale de l'OMC, le montant d'un droit antidumping ne peut excéder la marge de dumping¹⁸⁶³. La réaction contre le dumping préjudiciable ne saurait aller au-delà d'une élimination de la différence entre la valeur normale du produit sur le marché du pays exportateur et le prix à l'exportation vers le pays importateur. Autrement dit, elle ne doit pas excéder l'élimination de la discrimination transnationale de prix, étant précisé que, dans certains cas, cette *discrimination* résulte non pas d'une différence entre deux prix réel, mais d'un écart entre une valeur normale construite et un prix réel¹⁸⁶⁴. Ce plafond étant fixé, la question se pose de savoir si le montant du droit imposé pourrait ou devrait être moindre qu'une telle marge, ou si le prix promis par l'auteur d'un engagement pourrait ou devrait être inférieur à celui nécessaire pour gommer une telle marge. La règle du droit moindre (en anglais *lesser duty rule*) consiste à instituer un droit antidumping d'un montant inférieur à la marge de dumping lorsqu'un tel droit plus faible suffit à éliminer le préjudice subi par l'industrie. Dans le cas d'un engagement, cette règle conduit la Commission à accepter un prix, proposé par un exportateur, d'un niveau inférieur à la marge de dumping mais suffisant pour neutraliser le préjudice.

511. Ni l'article VI du GATT, ni aucun des Codes antidumping successifs ne contiennent une *règle du droit moindre* (ou *règle de la mesure moindre*). Certes, le Code en vigueur indique, à l'instar de ses prédécesseurs et en des termes quasi identiques aux leurs, qu'« *il est souhaitable [...] que le droit soit moindre que la marge [de dumping] si ce droit moindre suffit à faire disparaître le dommage causé à la branche de production nationale* »¹⁸⁶⁵. Mais il s'agit d'un simple souhait dépourvu de tout caractère contraignant, loin d'être exhaussé par tous les Membres de l'OMC ayant adopté une législation antidumping¹⁸⁶⁶. La mutation d'un tel souhait en

¹⁸⁶³ Un tel plafonnement de la réponse antidumping est prévu à l'article 9.1 du Code pour les droits antidumping et à l'article 8.1 pour les engagements.

¹⁸⁶⁴ Quand bien même, dans certains cas, cette *discrimination* s'opère non pas entre deux prix, mais entre une *valeur normale construite* et un *prix* (v. *supra* n° 206 pour la présentation des deux *types* de dumping : le *dumping discriminatoire* et le *dumping à perte*).

¹⁸⁶⁵ Article 9.1 du Code antidumping. Et l'article 8.1 du Code dispose qu'« [i]l est souhaitable que les augmentations de prix soient moindres que la marge de dumping si de telles augmentations suffisent à faire disparaître le dumping causé à la branche de production nationale ».

¹⁸⁶⁶ Il ne l'est pas, entre autres, par les États-Unis.

exigence impérative est envisagée dans le cadre des actuelles négociations sur les règles du Cycle de Doha. Mais si de nombreux Membres paraissent favorables à cette évolution, d'autres y sont fermement opposés¹⁸⁶⁷. Les désaccords sont tels que le dernier projet de texte de l'accord antidumping présenté par le Président du Groupe de négociation sur les règles se borne à faire état de ces fortes divergences¹⁸⁶⁸.

512. Nonobstant cette situation internationale, la législation antidumping communautaire contient, depuis l'origine, une règle du droit moindre¹⁸⁶⁹. Ainsi, en pratique, dès lors que la marge de préjudice est inférieure à la marge de dumping, le montant des droits est basé sur la première¹⁸⁷⁰. De même l'augmentation de prix à laquelle s'engage un exportateur est limitée à ce qui suffit à compenser cette marge de préjudice. Dans la perspective d'une réduction des restrictions de concurrence engendrées par l'action antidumping, une telle *règle de la mesure moindre* agit directement sur l'ampleur de la restriction de la concurrence en limitant la hausse de prix provoquée par l'institution d'un droit antidumping ou l'acceptation d'un engagement, et en limitant les réductions des volumes d'importations potentiellement induites par la mesure. D'ailleurs, cette règle du droit moindre est l'une des deux « *possibilités de solutions constructives* » prévues par l'article 15 du Code antidumping¹⁸⁷¹ qui doivent être « *explorées préalablement à l'application de droit antidumping lorsque ceux-ci porteraient atteinte aux intérêts essentiels de pays en*

¹⁸⁶⁷ Parmi lesquels un Membre qui estime qu'il ne serait pas possible, en pratique, de calculer une marge de dommage (ou marge de préjudice), ce que font pourtant les institutions européennes.

¹⁸⁶⁸ OMC, Groupe de négociation sur les règles, *Communication du président*, TN/RL/W/254, 21 avril 2011 ; spéc. p. 20.

¹⁸⁶⁹ Tout au moins en matière de droits, son application aux engagements n'ayant été explicitement prévue par la législation de base que depuis 1994. Aujourd'hui, elle est énoncée à l'article 9, paragraphe 4, du règlement de base, en ce qui concerne les droits antidumping, à l'article 7, paragraphe 2, en matière de droits provisoires, et à l'article 8, paragraphe 1, dudit règlement, relativement aux engagements de prix.

¹⁸⁷⁰ Ivo VAN BAEL et Jean-François BELLIS, *EU Anti-Dumping and Other Trade Defence Instruments*, 5^{ème} éd., *op. cit.* ; spéc. p. 401.

¹⁸⁷¹ Si l'article 15 n'indique pas quelles sont ces « *solutions constructives* », des groupes spéciaux ont précisé qu'il pouvait s'agir de l'imposition d'un droit moindre ou de l'acceptation d'un engagement en matière de prix : v. rapport du Groupe spécial *Communautés européennes – droits antidumping sur les importations de linge de lit en provenance d'Inde*, WT/DS141/R, 30 octobre 2000 (paragraphe 6.229) et rapport du Groupe spécial *Communautés européennes – droits antidumping sur les accessoires de tuyauterie en fonte malléable en provenance du Brésil*, WT/DS219/R, 7 mars 2003 (paragraphe 7.72).

développement Membres »¹⁸⁷², à condition toutefois que la législation du pays envisageant l'imposition de droits antidumping contienne une telle règle¹⁸⁷³.

513. Avec la règle de la mesure moindre, la législation européenne se montre favorable aux importations en dumping. Pourtant, une atteinte à la généralité de la règle est actuellement proposée par la Commission¹⁸⁷⁴. Elle suggère de ne plus l'appliquer « *lorsque des distorsions structurelles du marché des matières premières ont été constatées* », en invoquant « *l'efficacité des instruments* » et « *la nécessité de défense commerciale supplémentaire dans ces situations* » pour justifier cette proposition¹⁸⁷⁵. Il s'agit, en pratique, de punir les producteurs-exportateurs des pays tiers concernés lorsque leur pays intervient, en leur faveur, sur le marché des matières premières¹⁸⁷⁶.

¹⁸⁷² Article 15 du Code antidumping de 1994.

¹⁸⁷³ Ce qui n'est pas le cas des États-Unis, comme indiqué précédemment, qui ne sont donc pas tenus d'explorer la possibilité d'une telle « *solution constructive* » : v. rapport du Groupe spécial États-Unis – Mesures antidumping et compensatoires appliquées aux tôles en acier en provenance de l'Inde, WT/DS206/R, 28 juin 2002 (paragraphe 7.116).

¹⁸⁷⁴ Comm. eur., Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil modifiant le règlement (CE) n° 1225/2009, COM(2013) 192 final, 10 avril 2013.

¹⁸⁷⁵ *Ibid.* ; v. exposé des motifs, p. 3.

¹⁸⁷⁶ Au considérant 8 de sa proposition (COM(2013) 192 final, 10 avril 2013, préc.), la Commission explique que « [l]es pays tiers interfèrent de plus en plus avec le commerce de matières premières en vue de garder ces dernières sur leur marché intérieur au profit de leurs propres utilisateurs en aval, par exemple en instaurant des taxes à l'exportation ou en utilisant des systèmes de double prix. En conséquence, les coûts des matières premières ne découlent pas du jeu normal du marché reflétant l'offre et la demande pour une matière première donnée. Ces interférences génèrent des distorsions supplémentaires des échanges. De ce fait, les producteurs de l'Union sont non seulement lésés par le dumping, mais pâtissent également, par rapport aux producteurs en aval des pays tiers qui usent de telles pratiques, de distorsions supplémentaires des échanges. Afin de garantir une défense commerciale adéquate, la règle du droit moindre ne doit pas s'appliquer dans ces cas de distorsions structurelles du marché des matières premières ». Curieusement, cette modification ne paraît pas envisager en cas d'engagement de prix. Dans sa *Communication au Conseil et au Parlement européen relative à la modernisation des instruments de défense commerciale – Adapter les instruments de défense commerciale aux besoins actuels de l'économie européenne* (COM(2013) 191 final, 10 avril 2013), la Commission explique : « les pays tiers interfèrent de plus en plus dans le commerce des matières premières en vue de conserver celles-ci sur leur territoire au bénéfice d'utilisateurs en aval. En conséquence, les producteurs de l'UE ne rivalisent pas sur un pied d'égalité avec les producteurs en aval de ces pays tiers. Il ne semble pas approprié que ces producteurs bénéficient de la règle du droit moindre au titre du système IDC de l'UE s'ils bénéficient eux-mêmes de distorsions structurelles concernant les matières premières. La législation actuelle ne contient pas de dispositions qui décourageraient les pouvoirs publics et les opérateurs de pays tiers de s'adonner à ces pratiques. C'est pourquoi il est proposé de ne pas appliquer la règle du droit moindre [...] au niveau du pays, dans les cas de distorsions structurelles concernant les matières premières » (p. 7).

§ II. Les règles encadrant les champs d'application des mesures antidumping

514. Aux conditions d'adoption des mesures antidumping précédemment exposées, qui réduisent tant les occasions de les instituer que leur ampleur, s'ajoutent des dispositions qui encadrent les champs d'application temporel (A.) et personnel (B.) des mesures prises, contribuant ainsi à cantonner les incidences sur la concurrence qui en résultent.

A. L'encadrement du champ d'application temporel des mesures antidumping

515. L'action antidumping, qu'il s'agisse de la procédure ou des mesures instituées, est encadrée dans le temps. L'incertitude provoquée par l'ouverture d'une procédure antidumping et ses effets, réels ou potentiels, sur les courants d'échanges et sur la concurrence, justifient que les enquêtes ne puissent s'étendre sur une période trop longue. Des durées maximales sont par conséquent établies¹⁸⁷⁷. À cet égard l'antitrust se distingue de l'antidumping puisque la durée de ses procédures est seulement bornée par l'exigence de respect du délai raisonnable^{1878 1879}. S'agissant des mesures

¹⁸⁷⁷ Il s'agit de règles procédurales qui sortent du cadre des présents développements. Nonobstant, il convient d'indiquer qu'une enquête initiale doit être clôturée, que des mesures définitives soient adoptées ou non, en principe dans les douze mois de son ouverture, et en tout état de cause au plus tard dans les quinze mois de celle-ci (considérant n° 18 et article 6, paragraphe 9, du règlement de base). Par ailleurs, les réexamens à l'expiration et les réexamens intermédiaires « *sont effectués avec diligence et normalement menés à terme dans les douze mois à compter de la date de leur ouverture* » et, en tout état de cause, ces réexamens « *sont dans tous les cas menés à terme dans les quinze mois suivant leur ouverture* » ; les réexamens au titre du nouvel exportateur « *sont dans tous les cas menés à terme dans les neuf mois suivant leur ouverture* » (article 11, paragraphe 9, du règlement de base) ; et une enquête de contournement « *doit être conclue dans les neuf mois* » (article 13, paragraphe 3, du règlement de base).

¹⁸⁷⁸ Si la Commission doit clôturer sa procédure dans un « *délai raisonnable* » (selon un principe général pour la première fois consacré par TPICE, 22 octobre 1997, *SCK et FNK c/ Commission*, aff. jtes T-213/95 et T-18/96, *Rec.* p. II-1739), celui-ci n'est pas quantifié et aucune durée maximale précise n'est fixée. Une durée inférieure à cinq ans est raisonnable puisque l'absence d'écoulement du délai de prescription (article 25 du règlement (CE) n° 1/2003 du Conseil, préc.) exclut toute violation de l'obligation de se prononcer dans un délai raisonnable (sur cette question et la jurisprudence pertinente, v. Catherine PRIETO et David BOSCO, *Droit européen de la concurrence – Ententes et abus de position dominante*, Bruxelles, Bruylant, 2013, 1520 p. ; spéc. n° 1427, p. 1094-1095).

¹⁸⁷⁹ Une question voisine, mais distincte, est celle du délai pendant lequel une pratique peut être constatée. En matière antidumping, le dumping préjudiciable est déterminé à partir des importations effectuées au cours de la période des six mois (au minimum) immédiatement antérieurs à l'ouverture de la procédure (article 6, paragraphe 1, du règlement de base). Elle est généralement de douze mois, mais peut atteindre dix-huit mois (v. Ivo VAN BAEL et Jean-François BELLIS, *EU Anti-Dumping and Other Trade Defence Instruments*, 5^{ème} éd., *op. cit.* ; spéc. p. 460-461). Fondées sur les importations en dumping passées, les mesures s'appliquent aux importations futures supposées demeurer en

contre le dumping, si une protection provisoire des victimes des importations en dumping est légitime, l'adoption et l'application des mesures provisoires doit être encadrée (2°). Surtout, l'application dans le temps des mesures définitives doit être limitée et organisée afin de permettre leur adaptation à certains changements de circonstances (1°).

1° Les limitations à l'application des mesures définitives

516. Bien que le dumping préjudiciable préexiste à sa constatation effectuée sur une période d'enquête d'une durée minimale de six mois immédiatement antérieure à l'ouverture de la procédure¹⁸⁸⁰, les mesures antidumping ne peuvent, en principe, être appliquées de manière rétroactive¹⁸⁸¹. Autrement dit, les droits antidumping ne s'appliquent, sauf exceptions¹⁸⁸², qu'à compter de leur date d'entrée en vigueur, à la suite de la publication au Journal officiel du règlement les instituant¹⁸⁸³. Quant aux engagements, ils ne sauraient s'appliquer antérieurement à la date de leur acceptation et entrent en vigueur subséquentement à la publication de la décision de la Commission les acceptant.

dumping. Ainsi, la réaction contre le dumping futur n'est possible que si un dumping a eu lieu au cours de la période immédiatement antérieure à l'ouverture de la procédure, alors qu'une sanction antitrust peut être prise, dans les limites du délai de prescription (en principe cinq ans à compter du jour où l'infraction a été commise ou, pour les infractions continues ou répétées, du jour où l'infraction a pris fin – article 25 du règlement (CE) n° 1/2003, préc.), contre une pratique qui a cessé depuis des mois, voire des années. Et si cette pratique anticoncurrentielle est encore mise en œuvre, la décision aura pour effet d'empêcher qu'elle ne se poursuive à l'avenir.

¹⁸⁸⁰ L'article 6, paragraphe 1, du règlement de base, précise que « *les renseignements relatifs à une période postérieure à la période d'enquête ne sont pas, normalement, pris en compte* ».

¹⁸⁸¹ Sur le principe de non-rétroactivité des mesures et ses exceptions, v. article 10 du Code antidumping et article 10 du règlement de base.

Cette question de la rétroactivité des mesures est distincte de celle de la fixation des droits sur une base rétroactive. Le Code (article 9) prévoit que les droits peuvent être fixés sur une base prospective (article 9.3.2), ce qui est le cas dans l'Union, ou sur une base rétroactive (article 9.3.1), ce qui est le cas aux États-Unis. Il ne s'agit pas de rétroactivité des mesures antidumping adoptées, mais de calcul des droits à payer soit selon un système prospectif (avec remboursement le cas échéant si le droit dépasse la marge de dumping postérieure à l'adoption de la mesure) soit dans un système rétrospectif (fixation une fois connue la marge de dumping réelle de l'importateur concerné postérieure à l'adoption de la mesure).

¹⁸⁸² Si, dès le premier Code antidumping adopté en 1968, la rétroactivité était possible dans des cas limités, la législation communautaire originelle ne prévoyait pas d'exception à la non rétroactivité, la perception définitive des droits provisoires institués nonobstant (article 19, paragraphe 2, du règlement (CEE) n° 459/68). Le Code antidumping de 1979 contenait des dispositions modifiées et étendues (en cas de violation d'engagements) s'agissant de ces exceptions qui furent introduites dans le second règlement de base adopté en 1979.

¹⁸⁸³ Article 10 du Code antidumping ; article 10 du règlement de base.

Au moyen d'une mesure antidumping, il ne s'agit pas de sanctionner un comportement passé ou de réparer un préjudice déjà subi, mais seulement d'éliminer les effets dommageables du dumping pour l'avenir¹⁸⁸⁴. Ainsi, c'est le dumping des importations passées d'un producteur-exportateur qui détermine la soumission à une mesure antidumping de ses importations futures, sans qu'il soit recherché si ces dernières font l'objet ou non d'un dumping. Si les ventes à l'exportation futures ne sont pas faites à prix de dumping, ou sont effectuées avec une marge de dumping plus faible que celle constatée sur la période d'enquête, l'importateur pourra seulement solliciter le remboursement total ou partiel des droits par lui acquittés¹⁸⁸⁵. Par ailleurs, si elles cessent d'être à prix de dumping, un réexamen intermédiaire¹⁸⁸⁶ pourra être demandé¹⁸⁸⁷.

517. Le principe de non-rétroactivité connaît quelques exceptions. La première concerne la perception définitive des droits antidumping provisoires, considérée par le Code antidumping et le règlement de base comme une situation de rétroactivité¹⁸⁸⁸. Quant à la deuxième dérogation, il s'agit de la possibilité de percevoir un droit antidumping définitif à partir d'une date jusqu'à quatre-vingt-dix jours antérieure à celle d'application des mesures provisoires, soit en cas d'augmentation substantielle des importations¹⁸⁸⁹, soit en cas de violation ou de retrait d'un engagement¹⁸⁹⁰. Dans

¹⁸⁸⁴ Et non, en application de la règle du droit moindre, le dumping lui-même.

¹⁸⁸⁵ Article 9.3.2 du Code antidumping ; article 11, paragraphe 8, du règlement de base. Afin de renforcer l'efficacité du remboursement, le dernier projet d'accord antidumping négocié dans le cadre du Cycle de Doha prévoit d'ajouter qu'il soit assorti d'un « *montant raisonnable d'intérêts sur les sommes remboursées* » (OMC, Groupe de négociation sur les règles, *Communication du président*, TN/RL/W/254, 21 avril 2011 ; spéc. p. 21, nouvel article 9.3.4).

¹⁸⁸⁶ Article 11.2 du Code antidumping : article 11, paragraphe 3, du règlement de base.

¹⁸⁸⁷ Une troisième situation, différente des deux précédentes, est celle où le producteur n'a pas pratiqué de dumping pendant la période passée (la période d'enquête), mais a été soumis à un droit résiduel faute de coopération à l'enquête. Dans l'affaire des *sacs à main en cuir originaires de la République populaire de Chine*, la Commission avait ouvert un réexamen intermédiaire des mesures antidumping applicables aux importations de ces produits alors qu'aucun changement de circonstances ne le justifiait, ce qui a conduit le Tribunal à qualifier cette action de réouverture de la procédure initiale : TPICE, 29 juin 2000, *Medici Grimm KG c/ Conseil*, aff. T-7/99, *Rec.* p. II-2671 (pt 85).

¹⁸⁸⁸ Les droits provisoires institués ne sont définitivement perçus que si la Commission (jusqu'en février 2014 c'était le Conseil) décide, lorsque « *les faits définitivement constatés indiquent l'existence d'un dumping et d'un préjudice, [...] indépendamment de la question de savoir si un droit antidumping définitif doit être institué* », qu'il convient que les droits provisoires soient définitivement perçus (en tout ou en partie), d'où l'aspect rétroactif (article 10, paragraphe 2, du règlement de base).

¹⁸⁸⁹ Article 10, paragraphe 4, du règlement de base ; et v. article 10.6 du Code antidumping.

¹⁸⁹⁰ Article 10, paragraphe 5, du règlement de base. Le Code antidumping n'envisage que la violation d'un engagement (et pas son retrait) : v. article 8.6 du Code.

ces deux hypothèses, l'imposition rétroactive des droits définitifs n'est possible que si les importations ont été enregistrées¹⁸⁹¹. Dans la première, cette perception rétrospective ne peut commencer à une date antérieure à l'ouverture de l'enquête et, dans la seconde, elle est autorisée à condition que « *l'évaluation rétroactive ne s'applique pas aux importations antérieures à la violation ou au retrait de l'engagement* »¹⁸⁹². Dans le cas de la première hypothèse, l'augmentation substantielle visée doit être une hausse nouvelle s'ajoutant au niveau des importations ayant causé un préjudice au cours de la période d'enquête qui, « *compte tenu du moment* » de ces importations additionnelles, « *de leur volume ou d'autres circonstances, est de nature à compromettre gravement l'effet correctif du droit définitif à appliquer* »¹⁸⁹³. Et l'application rétroactive y est également conditionnée à la présence de l'une des deux circonstances suivantes : 1) des antécédents de pratiques de dumping sur une longue durée (ce qui permet une réaction spécifique au dumping récurrent) ; 2) un importateur ayant connaissance ou ayant dû avoir connaissance des pratiques de dumping, de leur importance et de celle du préjudice allégué ou établi (ce qui rend possible une action rétroactive contre le dumping sporadique)¹⁸⁹⁴.

Une troisième exception concerne les nouveaux exportateurs¹⁸⁹⁵ et une quatrième les situations de contournement¹⁸⁹⁶.

¹⁸⁹¹ Conformément à l'article 14, paragraphe 5, du règlement de base, qui dispose que « [l]a Commission peut, [...], enjoindre aux autorités douanières de prendre les mesures appropriées pour enregistrer les importations de telle sorte que des mesures puissent par la suite être appliquées à l'encontre de ces importations à partir de la date de leur enregistrement. [...]. La durée d'enregistrement obligatoire des importations ne doit pas excéder neuf mois ».

¹⁸⁹² À propos de la violation d'engagements, le dernier projet d'accord antidumping proposé par le Président du Groupe de négociation sur les règles du Cycle de Doha propose d'exiger que la violation soit « *importante* » (OMC, Groupe de négociation sur les règles, *Communication du président*, TN/RL/W/254, 21 avril 2011 ; spéc. p. 19).

¹⁸⁹³ Article 10, paragraphe 4, du règlement de base.

¹⁸⁹⁴ *Ibid.*

¹⁸⁹⁵ Article 11, paragraphe 5, du règlement de base : lorsqu'un réexamen concernant un nouvel exportateur est ouvert, le règlement de la Commission portant ouverture du réexamen abroge le droit antidumping applicable en ce qui concerne le nouvel exportateur en cause et soumet ses importations à enregistrement afin que, si le réexamen aboutit à la détermination d'un dumping pour cet exportateur, les droits antidumping puissent être perçus rétroactivement à la date d'ouverture du réexamen.

¹⁸⁹⁶ Article 13, paragraphe 3, du règlement de base : l'extension des mesures antérieurement prises qui peut être décidée en cas de contournement de ces dernières « *prend effet à compter de la date à laquelle l'enregistrement a été rendu obligatoire [...] ou à laquelle les garanties ont été exigées* ». L'enregistrement ou l'exigence de garanties peuvent être prévus dans le règlement de la Commission ouvrant l'enquête de contournement.

518. Le principe de non-rétroactivité en matière antidumping est une application particulière de la règle générale, établie par une jurisprudence constante, selon laquelle, en vertu du principe de la sécurité juridique, le point de départ pour l'application dans le temps d'un acte communautaire ne peut être fixé à une date antérieure à sa publication. Selon cette jurisprudence il ne peut en être autrement, à titre exceptionnel, que lorsque le but à atteindre exige la rétroactivité et que la confiance légitime des intéressés est dûment respectée¹⁸⁹⁷. Ainsi le Tribunal a-t-il jugé que « *l'application rétroactive des actes des institutions peut être admise dans la mesure où elle est susceptible d'entraîner, pour l'intéressé, une situation juridique plus favorable et dans la mesure où la confiance légitime est dûment respectée* »¹⁸⁹⁸. Si une modification défavorable d'un règlement antidumping – telle qu'une augmentation des droits – ne peut altérer la situation juridique des personnes concernées que pour le futur, en revanche, une modification favorable peut s'appliquer de manière rétroactive. Elle doit avoir une telle portée rétroactive lorsque, comme dans l'affaire *Medici Grimm*, le réexamen intermédiaire¹⁸⁹⁹ conduit à constater l'absence de dumping à propos des importations de la requérante au cours de la période initiale d'enquête¹⁹⁰⁰. Ainsi le Tribunal a-t-il annulé un règlement qui n'avait pas donné d'effet rétroactif à la modification du taux du droit antidumping imposé sur les importations effectuées par la requérante – en l'occurrence un taux réduit à 0%¹⁹⁰¹ – et le Conseil a, en conséquence, adopté un règlement rendant le taux de droit nul applicable à la date d'entrée en vigueur du règlement ayant institué le droit antidumping définitif initial¹⁹⁰².

519. Strictement encadrées quant à leur application rétroactive, les mesures antidumping sont également bornées dans leur application prospective. Dans la

¹⁸⁹⁷ V., pour un rappel et une application de cette jurisprudence constante en matière antidumping, arrêt du TPICE, 29 juin 2000, *Medici Grimm KG c/ Conseil*, préc. (pt 90).

¹⁸⁹⁸ *Ibid.* (pt 91).

¹⁸⁹⁹ Considéré par le Tribunal comme étant, en réalité, une réouverture de la procédure initiale (*ibid.*).

¹⁹⁰⁰ *Ibid.* (pt 87). Le Tribunal souligne, en outre, que dans le cas contraire, il y aurait « *un enrichissement indu de la Communauté aux dépens du requérant* » (pt 89).

¹⁹⁰¹ *Ibid.* (pt 93). Cet arrêt n'a pas fait l'objet d'un pourvoi.

¹⁹⁰² Règlement (CE) n° 133/2001 du Conseil, du 22 janvier 2001, modifiant le règlement (CE) n° 1567/97 en ce qui concerne la date d'application de certaines mesures antidumping à l'égard des importations de sacs à main en cuir originaires de la République populaire de Chine, *JOCE* L 23, 25 janvier 2001, p. 9.

législation européenne depuis le quatrième règlement de base adopté en 1984¹⁹⁰³, et dans l'encadrement multilatéral depuis le Code antidumping de 1994, les mesures antidumping ont une durée maximale de cinq ans¹⁹⁰⁴ (une durée plus courte pouvant être prévue dans le règlement instituant les mesures¹⁹⁰⁵). Depuis le premier Code antidumping et la première législation communautaire, le principe est qu'une mesure antidumping ne doit rester « *en vigueur que le temps et dans la mesure nécessaire pour contrebalancer un dumping qui cause un préjudice* »¹⁹⁰⁶. Mais faute de durée maximale fixée, les mesures antidumping pouvaient s'appliquer pendant plus d'une décennie¹⁹⁰⁷. Pour rendre le principe effectif et empêcher les abus à visée protectionniste, la règle de l'expiration automatique fut introduite. Si l'on a pu suggérer une durée très courte de six mois¹⁹⁰⁸, la durée retenue (cinq ans) paraît relativement longue. En outre, l'expiration automatique peut être évitée si un réexamen à l'expiration¹⁹⁰⁹ est engagé et conduit à la conclusion qu'il est nécessaire de proroger¹⁹¹⁰ les mesures concernées¹⁹¹¹ pour une nouvelle période de cinq ans, sauf

¹⁹⁰³ Article 15, paragraphe 1, du règlement (CE) n° 2423/88, précité. Cette disposition ne visait explicitement que les droits. Mais le Code antidumping de 1979 indiquant que « *la durée des engagements n'excédera pas celle que peuvent avoir les droits antidumping en vertu du présent code* » (article 7.6), la limitation à cinq ans prévu par le règlement de base leur était certainement applicable.

¹⁹⁰⁴ Articles 11.3 (droits antidumping) et 11.5 (engagements) du Code antidumping ; v., s'agissant du règlement de base actuellement en vigueur, article 11, paragraphe 2 (toute mesure).

¹⁹⁰⁵ V., par exemple, le règlement d'exécution (UE) n° 1238/2013 du Conseil, du 2 décembre 2013, instituant des droits définitifs sur les importations chinoises de panneaux solaires pour une durée de deux ans, en raison du caractère fluctuant du marché concerné (*JOUE* L 325, 5 décembre 2013, p. 1).

¹⁹⁰⁶ Dans la rédaction de l'actuel article 11, paragraphe 1, du règlement de base ; v. article 11.1 du Code antidumping de 1994.

¹⁹⁰⁷ Pierre DIDIER, « Le Code anti-dumping du cycle de l'Uruguay : impact dans la Communauté », *CDE*, 1994, p. 251-326 ; spéc. p. 316.

¹⁹⁰⁸ Antonio MASTROPASQUA, *Le marché commun et la défense contre le dumping, De la nécessité d'une législation antidumping communautaire*, Rome, Guido Pastena Editore, 1965, 262 p. ; spéc. p. 38.

¹⁹⁰⁹ Connus dans l'Union sous l'expression anglaise *expiry reviews*, mais appelé *sunset reviews* aux États-Unis – dont l'équivalent en français serait *réexamen crépusculaire* !

¹⁹¹⁰ Prorogation possible s'il est établi que l'expiration de la mesure favoriserait la continuation ou la réapparition du dumping et du préjudice. Dans la mesure où le réexamen peut être sollicité jusqu'à trois mois avant la fin de la période de cinq ans et où le réexamen peut durer jusqu'à quinze mois, et puisque la mesure reste en vigueur en attendant les résultats du réexamen, la durée réelle d'une mesure peut, en raison de l'ouverture d'un réexamen à l'expiration, être en réalité d'une durée supérieure à cinq ans, quand bien même le réexamen conduirait à une expiration effective de la mesure. Seul un remboursement des droits perçus au cours de la période qui s'étend de la fin de la période de cinq ans à la date d'expiration effective pourrait annuler les effets d'une telle prolongation.

¹⁹¹¹ La modification des mesures n'est pas prévue par le règlement de base (ni, d'ailleurs, par le Code antidumping, moins explicite sur les issues possibles). Seuls l'abrogation et le maintien sont envisagés par l'article 11, paragraphe 6, en cas de réexamen à l'expiration.

abrogation ou modification¹⁹¹² pendant ce quinquennat. Ainsi le risque est-il que « *le crépuscule [puisse] durer longtemps* »¹⁹¹³. D'autant que, jusqu'à présent, même si la conclusion est que les mesures doivent expirer, les droits demeurent perçus jusqu'à la date de conclusion du réexamen à l'expiration, qui peut intervenir au-delà de la période initiale de cinq ans. Pour remédier à cette situation de prolongation des mesures, la proposition de modernisation des instruments de défense commerciale présentée par la Commission en avril 2013 suggère de prévoir la possibilité d'un remboursement des droits perçus à compter de la date d'ouverture de l'enquête de réexamen¹⁹¹⁴.

520. Si la durée d'application – ou période de validité – d'une mesure antidumping peut être prolongée au-delà de cinq ans, elle peut aussi, à l'inverse, être abrégée à l'occasion d'un réexamen intermédiaire, lequel peut être ouvert sous certaines conditions, notamment en cas de changements des circonstances¹⁹¹⁵. Ce réexamen pourra conduire à une abrogation ou, seulement, à une modification des mesures¹⁹¹⁶, à la baisse comme à la hausse, les mesures ainsi modifiées expirant alors, sauf nouveau réexamen, au bout de cinq ans. Un réexamen intermédiaire peut conduire, par conséquent, à une prolongation des mesures initialement adoptées. S'il résulte du

¹⁹¹² À l'occasion d'un réexamen intermédiaire.

¹⁹¹³ Dominique CARREAU et Patrick JUILLARD, *Droit international économique*, 5^{ème} éd., Dalloz, Paris, 2013, 802 p. ; spéc. p. 240. Selon un rapport du Parlement européen, 20 à 25% des mesures européennes seraient reconduites, alors que 60% des mesures américaines seraient prolongées (Parl. eur., *Rapport sur le rapport annuel de la Commission au Parlement européen sur les activités antidumping, antisubventions et de sauvegarde des pays tiers à l'encontre de la Communauté (2004)*, (2006/2136(INI)), Commission du commerce international, Cristiana MUSCARDINI, 13 juillet 2006, document de séance A6-0243/2006, p. 10).

¹⁹¹⁴ La Commission propose en effet d'ajouter à l'article 11, paragraphe 5, du règlement de base, un nouvel alinéa ainsi rédigé : « *Si, à la suite d'une enquête au titre du paragraphe 2 [i.e. réexamen à l'expiration], la mesure expire, les droits perçus à compter de la date d'ouverture de cette enquête sont remboursés, pour autant qu'une demande soit introduite auprès des autorités douanières nationales et que ces dernières accordent le remboursement conformément à la réglementation douanière de l'Union applicable concernant le remboursement et la remise des droits. Ce remboursement ne donne pas lieu au paiement d'intérêts par les autorités douanières nationales compétentes* » (COM(2013) 192 final, 10 avril 2013).

¹⁹¹⁵ La Cour de justice a en effet précisé dans son arrêt du 24 février 1987, *Continentalen Produkten Gesellschaft c/ Commission*, aff. 312/84, *Rec.* p. 841 (pt 11), que la procédure de réexamen opère « *en cas d'évolution des données ayant permis l'établissement des valeurs mises en œuvre dans le règlement ayant institué des droits antidumping* ».

¹⁹¹⁶ L'article 11, paragraphe 6, du règlement de base, prévoit qu'un réexamen intermédiaire peut conduire à une abrogation, un maintien ou une modification des mesures. L'article 11.2 du Code antidumping n'envisage que le maintien ou l'abrogation ; le dernier projet d'accord antidumping négocié dans le cadre du Cycle de Doha prévoit d'ajouter que le réexamen intermédiaire puisse conduire à une modification (OMC, Groupe de négociation sur les règles, *Communication du président*, TN/RL/W/254, 21 avril 2011 ; spéc. p. 24-25).

réexamen intermédiaire que le droit antidumping n'est plus justifié, il doit être « *supprimé immédiatement* »¹⁹¹⁷. L'adverbe immédiatement implique une abrogation du droit, autrement dit sa suppression pour l'avenir. Mais l'arrêt du Tribunal dans l'affaire *Medici Grimm* suggère que, dans une telle situation, la suppression devrait être rétroactive. L'appréciation de l'absence de justification au maintien du droit étant basée sur les données d'une période d'enquête de réexamen couvrant au minimum les six mois immédiatement antérieurs à l'ouverture du réexamen¹⁹¹⁸, les droits devraient être supprimés avec effet rétroactif à la date du début de cette période puisque, à tout le moins au cours de celle-ci, les conditions justifiant l'application d'une mesure antidumping faisaient défaut en tout ou partie. Dans la même logique, en cas de réduction du montant des droits à la suite d'un réexamen intermédiaire, la différence entre l'ancien droit perçu au cours de la période d'enquête et le nouveau droit devrait être remboursée. Pourtant, ni la Commission, ni le Conseil, ne semblent avoir tiré de telles conséquences de la jurisprudence *Medici Grimm*. Le caractère atypique des données de l'affaire et l'importance fondamentale de la qualification de réouverture de la procédure initiale expliquent sans doute la portée limitée de l'arrêt. Les propositions de modification de la législation de base présentées en avril 2013 ne prévoient pas le remboursement (total ou partiel) des droits perçus pendant une enquête de réexamen intermédiaire¹⁹¹⁹.

521. Enfin, l'application d'une mesure antidumping peut être suspendue, pour une période de neuf fois, prorogable d'un an maximum, « *si les conditions du marché ont temporairement changé de façon telle qu'il est improbable que le préjudice reprenne à la suite de la suspension* »¹⁹²⁰, et si la suspension est conforme à l'intérêt de l'Union¹⁹²¹. La situation de la concurrence sur le marché peut ainsi être prise en considération.

¹⁹¹⁷ Article 11.2 du Code antidumping.

¹⁹¹⁸ Tel qu'il en résulte de l'article 11, paragraphe 5 et de l'article 6, paragraphe 1, du règlement de base.

¹⁹¹⁹ Une telle rétroactivité (sous forme de remboursement) favorable aux exportateurs, est prévue par la proposition de la Commission du 10 avril 2013 (COM(2013) 192 final, préc.) seulement en cas de réexamen à l'expiration, mais pas dans le cas d'un réexamen intermédiaire.

¹⁹²⁰ Article 14, paragraphe 4, du règlement de base.

¹⁹²¹ En pratique, la Commission vérifie que « *rien n'indique que la suspension ne soit pas dans l'intérêt* » de l'Union : paragraphe 11 de la décision n° 2006/714/CE du 23 octobre 2006, suspendant les droits antidumping définitifs institués par le règlement (CE) n° 215/2002 sur les importations de ferromolybdène originaire de la République populaire de Chine, *JOUE* L 293, 24 octobre 2006, p. 15

2° Les limitations du recours aux mesures provisoires

522. Un autre aspect de l'encadrement temporel de l'action antidumping concerne les mesures provisoires. S'il est légitime, dès lors qu'est admis le caractère déloyal et donc nocif du dumping préjudiciable, que des mesures provisoires puissent être adoptées dans l'attente d'une conclusion finale quant à l'existence d'un dumping préjudiciable, il est nécessaire, en raison de l'incidence de l'imposition de mesures antidumping sur le commerce et la concurrence, d'encadrer le recours aux mesures provisoires¹⁹²². Leur adoption doit être subordonnée à la réunion de conditions aptes à empêcher qu'elles ne permettent, à un stade où seul un « *examen préliminaire positif a établi l'existence d'un dumping et d'un préjudice en résultant* »¹⁹²³, de modifier irrémédiablement les courants d'échange et, partant, d'affecter sensiblement la situation de la concurrence dans l'Union. À ce stade préliminaire d'une procédure antidumping, un recours trop facile aux mesures provisoires, et/ou pendant une période trop longue, permettrait aux concurrents communautaires d'utiliser la législation antidumping comme un instrument de protection contre une concurrence qu'ils peinent à soutenir, mais qui se révélerait légitime à l'issue de l'enquête antidumping¹⁹²⁴. Nonobstant la restitution des droits provisoires perçus¹⁹²⁵ et la levée des garanties constituées en cas de déterminations finales négatives concernant le dumping et/ou le préjudice et/ou le lien de causalité, à défaut de telles garanties, l'objectif protectionniste des concurrents européens serait facilement atteint.

(paragraphe 11) ; v., également en ce sens, le règlement (CE) n° 856/2007 du Conseil, du 16 juillet 2007, portant extension de la suspension des droits antidumping définitifs institués par le règlement (CE) n° 215/2002 sur les importations de ferromolybdène originaire de la République populaire de Chine, *JOUE* L 190, 21 juillet 2007, p. 1 (paragraphe 10).

¹⁹²² Elles peuvent consister en la perception d'un droit antidumping provisoire ou, de préférence, en la constitution d'une garantie (du type dépôt en espèce ou cautionnement) égale au montant du droit antidumping provisoirement estimé.

¹⁹²³ Article 7, paragraphe 1, du règlement de base.

¹⁹²⁴ Une durée d'application des droits provisoires suffisamment longue, *a contrario*, peut apparaître comme susceptible de laisser aux entreprises concernées la possibilité de faire valoir leurs droits sans être pressées par le temps (v. Parlement européen, *Résolution sur la politique antidumping de la Communauté européenne*, 14 décembre 1990, *JOCE* C 19, 28 janvier 1991, p. 633, point 10).

¹⁹²⁵ Afin de renforcer l'efficacité du remboursement, le dernier projet d'accord antidumping négocié dans le cadre du Cycle de Doha prévoit d'ajouter qu'il soit assorti d'un « *montant raisonnable d'intérêts sur les sommes remboursées* » (OMC, Groupe de négociation sur les règles, *Communication du président*, TN/RL/W/254, 21 avril 2011 ; spéc. p. 24, nouvel article 10.8bis).

523. Le Code antidumping, et à sa suite le règlement européen de base, soumettent à conditions l'adoption de mesures provisoires et limitent leur durée maximale.

Les conditions de fond ont été renforcées par le Code de 1994¹⁹²⁶. Depuis le Code de 1979, les mesures provisoires doivent être « *nécessaires pour empêcher qu'un dommage ne soit causé pendant la durée de l'enquête* »¹⁹²⁷. Mais alors que sous l'empire de ce Code des mesures provisoires ne pouvaient être prises « *que lorsqu'une constatation préliminaire positive [avait] établi l'existence d'un dumping et d'éléments de preuve suffisants du préjudice* »¹⁹²⁸, désormais elles ne peuvent être imposées que s'« *il a été établi une détermination préliminaire positive de l'existence d'un dumping et d'un dommage en résultant* »¹⁹²⁹. Il en découle que la détermination préliminaire positive doit aussi porter sur l'existence d'un préjudice, ainsi qu'en dispose le règlement de base¹⁹³⁰.

Quant aux exigences de forme, le Code exige qu'un avis d'ouverture d'une enquête ait été rendu public et qu'il ait été ménagé aux parties intéressées – notamment les producteurs-exportateurs du produit faisant l'objet de l'enquête – « *des possibilités adéquates de donner des renseignements et de formuler des observations* »¹⁹³¹. Afin de donner corps à cette dernière obligation, ainsi qu'à celle d'effectuer une détermination préliminaire positive, le Code impose un délai minimum de soixante jours, à compter de l'ouverture de l'enquête, avant l'imposition de mesures provisoires¹⁹³². Par ailleurs, les mesures provisoires doivent, au plus tard, être instituées dans les neuf mois de l'ouverture de la procédure. Afin « *d'améliorer la transparence et la prédictibilité de l'environnement économique* », la Commission

¹⁹²⁶ Elles sont reprises à l'article 7, paragraphe 1, du règlement de base. Le règlement européen ajoute la condition que l'intérêt de la Communauté (désormais de l'Union) nécessite une action provisoire.

¹⁹²⁷ Article 7.1(iii) du Code antidumping de 1994 ; v. article 10.1 du Code de 1979.

¹⁹²⁸ Article 10.1 du Code antidumping de 1979 ; de manière similaire, l'article 10(a) du Code antidumping de 1968 demandait qu'« *une décision préliminaire concluant à l'existence d'un dumping [ait] été prise et qu'il y [ait] des éléments de preuve suffisants d'un préjudice* ».

¹⁹²⁹ Article 7.1(ii) du Code antidumping de 1994.

¹⁹³⁰ À l'article 7, paragraphe 1, qui y ajoute la condition que l'intérêt de la Communauté (désormais de l'Union) nécessite une action.

¹⁹³¹ Article 7, paragraphe 1, i) ; le règlement de base transpose cette obligation dans les termes suivants : « *Des droits provisoires peuvent être imposés si une enquête a été ouverte conformément à l'article 5, si un avis a été publié à cet effet, s'il a été ménagé aux parties intéressées des possibilités adéquates de donner des renseignements et de formuler des observations* ».

¹⁹³² Article 7.3 du Code, repris par l'article 7, paragraphe 1, du règlement de base, qui fixe, en outre, un délai maximum de neuf mois à compter de l'ouverture de la procédure. En outre, il doit être « *donné avis au public de toute détermination préliminaire* » (article 12.2 du Code antidumping), ce qui se traduit dans l'Union par la publication au Journal officiel des règlements instituant des mesures provisoires.

propose de prévoir l'information des parties intéressées, des mesures provisoires envisagées, ou au contraire de l'absence d'intention d'en instituer, au moins deux semaines avant l'expiration du délai concerné¹⁹³³.

Enfin, la durée d'application des mesures provisoires est bornée. Limitée par principe à une « *période aussi courte que possible* », l'application ne peut en principe excéder quatre mois ou, à la demande des exportateurs, six mois. Le Code autorise toutefois une durée plus longue pour les Membres qui, tels que l'Union, appliquent la règle du droit moindre¹⁹³⁴.

B. L'encadrement du champ d'application personnel des mesures antidumping

524. Au bornage temporel des mesures antidumping, s'ajoute l'encadrement de leur champ d'application personnel, fondé sur le principe de l'individualisation des mesures, certes atténué par la possibilité de mesures collectives (1°), elles-mêmes révisables pour tenir compte de situations particulières telles que l'arrivée de nouveaux exportateurs (2°).

1° Le principe d'individualisation des mesures et ses exceptions

525. En principe, nonobstant la nature et la portée normative des règlements instituant des droits antidumping, le champ d'application personnel d'un droit antidumping est précis et limité. Une marge de dumping et une marge de préjudice sont établies pour chaque producteur-exportateur dont il est constaté qu'il a pratiqué le dumping au cours de la période d'enquête et, par conséquent, un droit antidumping individuel est institué pour chacun des producteurs-exportateurs concernés. Ainsi un règlement imposant un droit antidumping sur les importations d'un produit en provenance d'un pays fixe-t-il, en principe, nonobstant l'usage du singulier, plusieurs

¹⁹³³ Communication COM(2013) 191 final, préc. (points 2.1.2 et 2.1.3) et proposition COM(2013) 192 final, préc. Par ailleurs, lorsque les parties seraient informées des droits provisoires prévus, ceux-ci ne pourraient être institués dans le délai de quinze jours suivants l'envoi de ces informations.

¹⁹³⁴ La durée plus longue est de six mois, extensibles à neuf mois. Alors que le Code ne permet une extension de quatre à six mois (ou de six à neuf mois) qu'à la demande « *d'exportateurs contribuant pour un pourcentage notable aux échanges en cause* » (article 7.4), le règlement de base permet l'extension (ou la fixation initiale) à neuf mois si « *les exportateurs représentant un pourcentage significatif des transactions commerciales concernées le demandent ou si, à la suite d'une déclaration d'intention de la Commission, ils ne formulent pas d'objection* » (article 7, paragraphe 7).

droits antidumping individuels respectivement applicables aux importations dans l'Union des produits de chacun des producteurs-exportateurs identifiés¹⁹³⁵. Quant aux engagements en matière de prix acceptés par la Commission, ils sont par nature spécifiques à chacun des producteurs-exportateurs qui les proposent. Une décision acceptant des engagements contient, en réalité, autant de décisions individuelles qu'il y a d'engagements individuels acceptés. Une comparaison avec les sanctions antitrust – toujours individualisées même pour les participants à une même infraction – ne fait pas apparaître, à cet égard, de différence fondamentale, étant mis à part le fait qu'en matière de concurrence il s'agit de sanctions d'un comportement illicite passé – auquel l'auteur a mis ou devra mettre fin –, le cas échéant couplées ou remplacées par des mesures comportementales ou structurelles visant à rétablir une situation de concurrence effective, alors que l'action antidumping cherche seulement à neutraliser pour l'avenir les effets d'une pratique condamnée, car préjudiciable, mais impunie *stricto sensu*¹⁹³⁶.

526. Plusieurs exceptions tempèrent, en matière de droits antidumping, le principe d'individualisation des mesures antidumping. En effet, dans certaines circonstances, un droit général ou un droit résiduel global¹⁹³⁷ peut être adopté. Il s'applique alors aux importations des produits de plusieurs producteurs-exportateurs. Des mesures collectives peuvent ainsi être instituées.

Fréquemment, la mesure d'exécution qui instaure des droits individuels fixe également un droit résiduel global applicable aux importations des producteurs-

¹⁹³⁵ Ainsi, nonobstant le fait que « *de par leur nature et leur portée* » les règlements instituant un droit antidumping ont « *un caractère normatif, en ce qu'ils s'appliquent à la généralité des opérateurs économiques* », « *certaines dispositions de ces règlements peuvent concerner directement et individuellement des entreprises productrices et exportatrices qui peuvent démontrer qu'elles ont été identifiées dans les actes de la Commission ou du Conseil ou concernées par les enquêtes préparatoires ou encore des importateurs dont les prix de revente des marchandises en cause sont à la base de la construction du prix à l'exportation, en cas d'association entre l'exportateur et l'importateur* » : v., notamment, CJCE, 14 mars 1990, *Gestetner Holdings c/ Conseil et Commission*, préc. (pts 17 et 18). Mais une entreprise n'est concernée individuellement que par les seules dispositions qui lui imposent un droit antidumping particulier et en fixent le montant, et elle n'a qualité pour former un recours que contre ces dispositions, à l'exclusion de celles imposant des droits à d'autres sociétés.

¹⁹³⁶ L'auteur du dumping n'est pas sanctionné pour sa pratique déloyale. Soit il s'engage à y mettre fin avec l'aval de la Commission (engagement), soit cette dernière lui impose un droit sensé neutraliser les effets préjudiciables de son comportement commercial, soit il y renonce volontairement ultérieurement et sollicite le remboursement des droits antidumping perçus en application de la mesure antidumping adoptée.

¹⁹³⁷ Le droit est dit *général* lorsqu'il couvre toutes les importations du pays concerné ; il est dit *résiduel global* lorsqu'il couvre les importations du pays en cause à l'exception de celles concernées par des droits individuels simultanément institués.

exportateurs à l'égard desquels il n'est pas possible d'établir un droit individuel en raison de leur coopération insuffisante (ou inexistante) à l'enquête, ou parce qu'ils ne sont pas connus des institutions. À l'exception des importations des producteurs-exportateurs n'ayant pas pratiqué le dumping pendant la période d'enquête, le droit résiduel global est appliqué à toutes les importations du pays concernés non soumises à un droit individuel et non couvertes par un engagement de prix. Sont ainsi soumis au droit résiduel les producteurs-exportateurs qui n'ont pas exporté au cours de la période d'enquête et qui commencent à exporter, soit au cours de l'enquête, soit après l'institution de mesures définitives¹⁹³⁸.

Dans d'autres cas, un droit unique d'application générale peut être déterminé à seule fin d'assurer l'effectivité des mesures antidumping et d'éviter leur contournement, par exemple lorsque tous les producteurs-exportateurs ont proposés des engagements et qu'ils ont été acceptés¹⁹³⁹.

Lorsqu'un droit est général, il s'applique à toutes les importations du pays considéré. Mais un droit ne couvre jamais plus d'un pays, même si des droits identiques peuvent être institués à l'égard de plusieurs pays.

527. Lorsque les institutions recourent à l'échantillonnage, elles déterminent un droit résiduel global pour les producteurs-exportateurs non inclus dans l'échantillon¹⁹⁴⁰. Nouveauté du Code de 1994, l'échantillonnage conduit à l'adoption, en plus des droits individuels concernant les exportateurs de l'échantillon, d'au moins un droit antidumping collectif applicable aux exportateurs non sélectionnés dans l'échantillon. S'agissant de ceux de ces derniers qui se sont fait connaître – et ont fournis les

¹⁹³⁸ Avec la possibilité pour eux de solliciter un réexamen au titre du nouvel exportateur (article 11, paragraphe 4, du règlement de base).

¹⁹³⁹ V., par exemple, règlement (CEE) n° 611/93 du Conseil du 15 mars 1993, instituant un droit antidumping définitif sur les importations dans la Communauté de certains microcircuits électroniques dits « DRAM » originaires de la république de Corée et exportés par les sociétés non exemptées de ce droit, et portant perception définitive du droit antidumping provisoire, *JOCE* n° L 66, 18 mars 1993, p. 1 (paragraphe 43).

¹⁹⁴⁰ Article 17, paragraphe 1, du règlement de base (transposant l'article 6.10 du Code antidumping) : lorsque « *le nombre de plaignants, d'exportateurs ou d'importateurs, de type de produits ou de transactions est important, l'enquête peut se limiter à un nombre raisonnable de parties, de produits ou de transactions en utilisant des échantillons statistiquement représentatifs [...] ou du plus grand volume de productions, de vente ou d'exportations sur lequel l'enquête peut raisonnablement porter compte tenu du temps disponible* ». Par cette disposition, le règlement de base permet le recours à l'échantillonnage lorsque le nombre de parties, de types de produits ou de transactions est « *important* », ce qui semble moins strict que la condition prévue par le Code d'un nombre « *si important* » que la détermination individuelle est « *irréalisable* ». Et il vise le cas du nombre des transactions, ce qui n'est pas le cas du Code.

renseignements nécessaires –, ce droit général ne doit pas dépasser la marge moyenne pondérée de dumping calculée pour les parties constituant l'échantillon¹⁹⁴¹. Quant aux exportateurs non inclus dans l'échantillon qui ne se sont pas faits connaître et/ou n'ont pas coopéré, ils « *se verront habituellement imposer le droit le plus élevé* »¹⁹⁴², c'est-à-dire un autre droit collectif correspondant ou fixé à partir de la plus élevée des marges de préjudice individuelles établies. Ainsi, deux droits généraux seront adoptés par le règlement définitif¹⁹⁴³. Un retour au principe d'individualisation (fixation de droits individuels) est cependant possible pour les premiers de ces exportateurs non sélectionnés pour constituer l'échantillon : ceux qui présentent les renseignements nécessaires peuvent bénéficier d'un traitement individuel, « *sauf dans les cas où le nombre d'exportateurs ou de producteurs est si important que des examens individuels compliqueraient indûment la tâche et empêcheraient d'achever l'enquête en temps utile* »¹⁹⁴⁴. Pour le calcul de la marge moyenne pondérée, le Code énonce deux règles reprises dans le règlement de base¹⁹⁴⁵ : ne sont prises en compte ni les marges nulles ou *de minimis*, ni les marges établies sur la base des « *données disponibles* », souvent élevées¹⁹⁴⁶. La seconde règle est favorable aux producteurs-exportateurs non inclus dans l'échantillon, mais la première les pénalise. Si une pratique similaire d'exclusion des importations à marges nulles ou *de minimis* en matière de détermination du préjudice a été condamnée par l'ORD¹⁹⁴⁷, seule une

¹⁹⁴¹ Article 9, paragraphe 6, du règlement de base et article 9.4 du Code antidumping.

¹⁹⁴² Pierre DIDIER, *Les principaux accords de l'OMC et leur transposition dans la Communauté européenne, I, Les Instruments de Politique Commerciale, Dumping, Subventions, Sauvegardes - Les marchés publics*, Bruxelles, Bruylant, 1997, 646 p. ; ici p. 95.

¹⁹⁴³ V., pour un exemple assez récent, le règlement (CE) n° 91/2009 du Conseil du 26 janvier 2009, instituant un droit antidumping définitif sur les importations de certains éléments de fixation en fer ou en acier originaires de la République populaire de Chine, *JOUE L 29*, 31 janvier 2009, p. 1.

¹⁹⁴⁴ Article 17, paragraphe 3, du règlement de base, transposant l'article 6.10.2 du Code antidumping. Le dernier projet d'accord antidumping négocié dans le cadre du Cycle de Doha prévoit d'ajouter une obligation pour le Membre qui refuse ce traitement individuel de motiver son refus (OMC, Groupe de négociation sur les règles, *Communication du président*, TN/RL/W/254, 21 avril 2011 ; spéc. p. 17, nouvel article 6.10.3).

¹⁹⁴⁵ Article 9.4 du Code antidumping et article 9, paragraphe 6, du règlement de base.

¹⁹⁴⁶ Article 6.8 du Code antidumping et article 18, du règlement de base.

¹⁹⁴⁷ Dans l'affaire *Linge de lit*, l'Inde critiqua, non pas cette règle néfaste prévu par le Code, mais la pratique communautaire consistant à évaluer le préjudice en considérant toutes les importations des producteurs-exportateurs non inclus dans l'échantillon comme réalisées en dumping alors pourtant que, en l'espèce, seules 47% des importations des produits des producteurs-exportateurs inclus avaient été effectuées en dumping. L'Organe d'appel dans le différend relatif à la mise en œuvre censura cette approche conduisant à présumer, en toutes circonstances, que sont en dumping les importations imputables aux producteurs-exportateurs non inclus, et rendant plus probable la détermination positive de l'existence d'un préjudice (rapport de l'Organe d'appel *Communautés européennes – droits antidumping sur les importations de linge de lit en coton en provenance d'Inde*

révision du Code pourrait imposer sa disparition dans le cadre du calcul de la marge moyenne pondérée. Elle est souhaitable¹⁹⁴⁸. Puisqu'il est possible que le droit résiduel soit appliqué à des importations imputables à des producteurs-exportateurs qui, en réalité, ne pratiquent pas le dumping¹⁹⁴⁹, il conviendrait que ce droit soit le plus réduit possible et fondé sur une complète (et non partielle) extrapolation des niveaux de dumping des producteurs-exportateurs de l'échantillon.

528. Jusqu'à une révision du règlement de base intervenue en 2012, un droit antidumping général unique était normalement adopté dans le cas d'importations en provenance d'un pays n'ayant pas une économie de marché¹⁹⁵⁰. Cependant, des droits individuels pouvaient être déterminés pour les producteurs-exportateurs de ces pays sollicitant et obtenant le traitement individuel. Les importations de leurs produits étaient alors soumises à un droit individuel. Ce traitement individuel pouvait aussi être accordé, dans les mêmes conditions, aux producteurs-exportateurs de pays en transition vers une économie de marché lorsqu'ils n'avaient pas sollicité ou pas obtenu le statut d'entreprise opérant dans les conditions d'une économie de marché (statut impliquant la détermination d'un droit individuel).

Dans l'affaire *Communautés européennes – Mesures antidumping définitives visant certains éléments de fixation en fer ou en acier en provenance de Chine*, le Groupe spécial et l'Organe d'appel ont considéré que ce régime particulier était incompatible avec le Code antidumping¹⁹⁵¹. Le règlement de base a donc dû être révisé¹⁹⁵². Désormais, le principe d'un droit individuel s'applique, tempérée par la possibilité – d'ailleurs non spécifique aux pays n'ayant pas une économie de marché – d'adopter

– *Recours de l'Inde à l'article 21 :5 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends, AB-2003-1, WT/DS141/AB/RW*, 8 avril 2003, paragraphes 132-133).

¹⁹⁴⁸ Un tel progrès n'est cependant pas envisagé dans le dernier projet d'accord présenté par le Président du Groupe de négociations sur les règles du Cycle de Doha.

¹⁹⁴⁹ Ce qu'on ne peut savoir puisqu'ils sont exclus de l'échantillon et que leur cas particulier n'est pas examiné.

¹⁹⁵⁰ Ancien article 9, paragraphe 5, alinéa 2, du règlement de base n° 1225/2009, avant sa modification par le règlement (UE) n° 765/2012 du Parlement européen et du Conseil, du 13 juin 2012 (*JOUE L 237*, 3 septembre 2012, p. 1).

¹⁹⁵¹ Rapport du Groupe spécial *Communautés européennes – Mesures antidumping définitives visant certains éléments de fixation en fer ou en acier en provenance de Chine*, WT/DS397/R, 3 décembre 2010, et rapport de l'Organe d'appel *Communautés européennes – Mesures antidumping définitives visant certains éléments de fixation en fer ou en acier en provenance de Chine*, WT/DS397/AB/R, 15 juillet 2011.

¹⁹⁵² Par le règlement (UE) n° 765/2012 du Parlement européen et du Conseil, du 13 juin 2012, préc.

un droit *collectif* applicable aux fournisseurs qui peuvent être considérés comme une « *entité unique* »¹⁹⁵³.

2° Les réexamens permettant l'adaptation des mesures aux nouveaux exportateurs

529. Un droit résiduel constitue une barrière considérable à l'entrée de nouveaux exportateurs sur le marché et, partant, une restriction à d'éventuelles nouvelles sources de concurrence. Afin de limiter cet effet nocif, une procédure spéciale a été introduite dans le Code antidumping de 1994¹⁹⁵⁴ et reprise dans la législation de l'Union¹⁹⁵⁵. Ainsi, lorsqu'une entreprise (d'un pays dont les exportations du produit concerné vers l'Union font l'objet d'un droit antidumping) qui n'avait pas exporté le produit concerné au cours de la période d'enquête, commence à exporter vers l'Union¹⁹⁵⁶, elle peut demander à ce qu'un examen soit effectué afin de déterminer pour elle une marge de dumping individuelle et, par suite, un droit antidumping personnel. Un tel réexamen *au titre du nouvel exportateur* lui permettra d'échapper à l'application du droit résiduel. Il est mené de manière accélérée par rapport aux procédures normales d'adoption ou de réexamen des mesures. Le règlement de la Commission portant ouverture d'un tel réexamen abroge le droit en vigueur en ce qui concerne le nouvel exportateur concerné et soumet les importations à enregistrement afin que, le cas échéant, un droit antidumping puisse être perçu rétroactivement à la date d'ouverture du réexamen.

Nonobstant les conditions appliquées à un tel réexamen, susceptibles de limiter le nombre de candidats, cette procédure participe à l'objectif de limitation de l'incidence négative de l'action antidumping sur la concurrence, en l'occurrence à l'égard d'une source de concurrence potentielle d'origine étrangère.

¹⁹⁵³ Ainsi, « [d]es fournisseurs qui sont juridiquement distincts d'autres fournisseurs ou qui sont juridiquement distincts de l'État peuvent néanmoins être considérés comme une entité unique aux fins de la détermination dudit droit. Pour l'application du présent alinéa, il peut être tenu compte de facteurs tels que l'existence de liens, au niveau de la société ou sur le plan de la structure, entre les fournisseurs et l'État ou entre fournisseurs, le contrôle ou l'influence importante de l'État en ce qui concerne les prix et la production, ou encore la structure économique du pays fournisseur » (article 9, paragraphe 5, du règlement de base).

¹⁹⁵⁴ Article 9.5 du Code antidumping.

¹⁹⁵⁵ Article 11, paragraphe 4, du règlement de base.

¹⁹⁵⁶ Ou qu'il a souscrit une obligation contractuelle et irrévocable d'exportation d'une quantité importante de produits dans l'Union. Par ailleurs, dans tous les cas, le nouvel exportateur doit établir qu'il n'est pas lié aux exportateurs ou producteurs du pays d'exportation soumis aux mesures antidumping dont il sollicite le réexamen (article 11, paragraphe 4, du règlement de base).

Section 2 – Les moyens procéduraux de limitation des restrictions de concurrence

530. Si *la forme est la sœur jumelle de la liberté*¹⁹⁵⁷, en matière antidumping certaines règles procédurales sont *cousines* de la libre concurrence. Sans parvenir à la prémunir contre toute altération, certaines dispositions de la procédure antidumping sont toutefois aptes à atténuer les restrictions liées à la principale action de défense commerciale de l'Union. En favorisant une mise en œuvre de la législation antidumping moins protectionniste et davantage attentive à ses effets directement et indirectement néfastes pour la concurrence, elles réduisent les risques concurrentiels que constituent les restrictions engendrées par les mesures antidumping et les pratiques anticoncurrentielles collatérales à l'action contre le dumping. Certaines de ces *dispositions pro-concurrentielles* existent dans l'actuelle réglementation de base et participent déjà à la réduction des risques pour la concurrence. D'autres pourraient être introduites dans une future législation révisée. Celles, existantes ou proposées, envisagées dans cette section, sont regroupées en deux catégories, selon qu'elles permettent une meilleure prise en compte, par l'action antidumping, des objectifs de concurrence (§ I.), ou qu'elles concernent le rôle de celles des « *parties intéressées* » à la procédure antidumping dont les intérêts convergent avec ceux de la libre concurrence (§ II.).

§ I. Une prise en compte améliorée de la concurrence dans la procédure antidumping

531. Deux conditions matérielles à l'institution de mesures antidumping permettent aux institutions européennes compétentes en matière de défense commerciale de prendre en compte les objectifs de la politique de concurrence de l'Union. Or l'efficacité *concurrentielle* de ces *conditions commerciales* pourrait être améliorée par le jeu de certaines clauses procédurales de la législation de base, et par une

¹⁹⁵⁷ Selon la formule consacrée du juriste allemand Rudolf VON JHERING : « *Ennemie jurée de l'arbitraire, la forme est la sœur jumelle de la liberté* » (*L'esprit du droit romain dans les diverses phases de son développement*, traduction par O. DE MEULENAERE, Paris, Marescq, 2^{ème} éd., tome III, p. 158).

révision des pratiques institutionnelles (A.). Par ailleurs, l'implication effective d'autorités de concurrence dans la procédure antidumping pourrait contribuer à une interaction plus paisible entre antidumping et concurrence (B.).

A. Une application renforcée des dispositions pro-concurrentielles de la législation antidumping

532. Les règles de fond pro-concurrentielles de la législation antidumping que constituent la clause d'intérêt public (1°) et l'exigence d'un lien de causalité entre importations en dumping et préjudice important (2°) pourraient être appliquées d'une manière qui renforcerait leur aptitude à faire entrer les objectifs de concurrence dans l'action antidumping.

1° Une mise en œuvre anticipée de la clause d'intérêt public

533. Si le règlement antidumping de base de l'Union, nonobstant l'absence d'obligation à cet égard dans le droit de l'OMC, contient une clause d'intérêt public nommé « *intérêt de la Communauté* »¹⁹⁵⁸, il ne lui octroie pas toute l'efficacité qu'elle pourrait avoir en termes de prise en compte des effets potentiellement néfastes de l'action antidumping sur la concurrence, notamment s'agissant des pratiques anticoncurrentielles collatérales à la défense commerciale. Outre qu'il serait souhaitable qu'elle devienne une condition positive¹⁹⁵⁹, sa mise en œuvre anticipée constituerait une modification procédurale susceptible d'accroître son incidence pro-concurrentielle¹⁹⁶⁰. L'Union étant libre de réformer sa propre clause dans les directions proposées, sous réserve de ne pas entrer en contradiction avec d'autres règles du Code antidumping, l'usage de cette latitude est d'autant plus souhaitable

¹⁹⁵⁸ Qu'il convient, depuis l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne le 1^{er} décembre 2009, de renommer *intérêt de l'Union*, ce qui correspond à la pratique des institutions depuis cette date et que le règlement (UE) n° 37/2014, préc., a commencé à introduire dans le règlement de base (v. *supra* note de bas de page n° 142).

¹⁹⁵⁹ Proposition présentée *supra* n° 508.

¹⁹⁶⁰ La modification ici proposée avait fait l'objet de l'une des questions soumises à consultation publique par la Commission en 2006 (Comm. eur., *Livre vert, L'Europe dans le monde – Les instruments de défense commerciale de l'Europe dans une économie mondiale en mutation*, 6 décembre 2006, COM(2006) 763 final ; spéc. p. 9). Mais elle n'est pas actuellement envisagée par les institutions européennes. La Commission propose seulement de remplacer, à l'article 21, paragraphe 2, du règlement de base, le terme « *plaignants* » par « *producteurs de l'Union* », afin d'aligner le texte sur sa propre pratique consistant à accepter des informations aux fins de l'analyse de l'intérêt de l'Union non seulement des plaignants, mais également d'autres producteurs de l'Union (v. COM(2013) 191 final, spéc. p. 12, et COM(2013) 192 final, spéc. p. 11).

qu'aucune évolution de l'encadrement multilatéral n'est à espérer dans ce domaine¹⁹⁶¹.

L'application anticipée consisterait à faire intervenir la clause d'intérêt public plus tôt dans la procédure antidumping. Actuellement, sa mise en œuvre n'est prévue qu'au stade avancé de l'adoption des « *mesures déterminées sur la base du dumping et du préjudice établis* »¹⁹⁶². Or, dès la publication au Journal officiel de l'avis d'ouverture¹⁹⁶³, une procédure antidumping produit par elle-même des effets restrictifs de concurrence¹⁹⁶⁴, indépendamment du résultat de l'enquête subséquente susceptible de mener à l'adoption de mesures. Il serait dès lors souhaitable que la clause d'intérêt public soit mise en œuvre dès ce stade initial de la procédure qu'est son ouverture¹⁹⁶⁵, et non pas seulement à l'étape tardive de la vérification de l'absence d'incompatibilité des mesures envisagées avec l'intérêt de l'Union. D'ailleurs, lorsque le préjudice est négligeable, « *une procédure ne doit pas être ouverte* »¹⁹⁶⁶. L'intérêt de l'Union pourrait constituer un obstacle analogue à l'initiation d'une procédure et fonder le rejet d'une plainte.

534. Ainsi pourrait-on envisager d'étendre le cadre d'application de la clause, telle qu'elle est actuellement rédigée. Par suite, nonobstant la réunion des conditions actuelles d'ouverture, une procédure ne serait pas ouverte lorsque la Commission pourrait clairement conclure qu'il n'est pas dans l'intérêt de l'Union de procéder à cette initiation, notamment en raison de ses effets sur la concurrence dans le marché intérieur. Les mêmes intérêts que ceux pris en compte actuellement au stade de

¹⁹⁶¹ Dans son projet présenté en avril 2011, le Président du Groupe de négociation sur les règles constate que les Membres sont très divisés sur l'éventuelle révision de l'article 9.1 du Code antidumping, qui se borne actuellement à souhaiter que l'imposition de mesures soit facultative (OMC, Groupe de négociation sur les règles, *Communication du président*, TN/RL/W/254, 21 avril 2011 ; spéc. p. 20).

¹⁹⁶² Article 21, paragraphe 1, du règlement de base.

¹⁹⁶³ En application de l'article 5, paragraphe 9, du règlement de base.

¹⁹⁶⁴ La demande d'ouverture (*i.e.* la plainte antidumping) n'est pas rendue publique. Si une procédure et une enquête sont ouvertes, la plainte devient publique avec la publication de l'avis d'ouverture. Cependant, « *après avoir été saisie d'une plainte dûment documentée et avant de procéder à l'ouverture d'une enquête, les autorités avisent le gouvernement du pays exportateur concerné* » (article 5, paragraphe 5, du règlement de base). Les avantages et les inconvénients d'une publication de l'avis d'ouverture, au regard de l'affection des importations du produit considéré, sont discutés : v. Edwin VERMULST, *EU Anti-Dumping Law and Practice*, 2^{ème} éd., *op. cit.* ; spéc. p. 38, n° 2-028.

¹⁹⁶⁵ Pierre DIDIER rapporte que, aux cours des travaux préparatoires au Code antidumping de 1994, certains pays considéraient que la prise en considération de l'intérêt public devrait intervenir à une étape préalable de l'enquête, éventuellement au stade de l'examen de l'admission de la plainte (*Les principaux accords de l'OMC et leur transposition dans la Communauté européenne*, *op. cit.* ; spéc. p. 101).

¹⁹⁶⁶ Article 5, paragraphe 7, du règlement de base.

l'adoption des mesures seraient évalués, au moins sommairement, à ce stade préliminaire antérieur à l'ouverture de la procédure. La plainte de l'industrie de l'Union serait rejetée en raison de l'appréciation, par la Commission, qu'il serait contraire à l'intérêt de l'Union d'entamer une procédure¹⁹⁶⁷. À l'instar du droit de la concurrence, une plainte serait en quelque sorte rejetée pour défaut d'intérêt européen, les notions d'*intérêt de l'Union*¹⁹⁶⁸ en droit antitrust et en matière antidumping étant toutefois distinctes.

Une telle prise en compte précoce de l'intérêt de l'Union, à condition que les objectifs de la politique de concurrence y soient intégrés, permettrait, en réduisant les cas d'ouverture de procédure, de réduire tant ses effets sur les courants d'échange et la concurrence que l'intérêt pour des producteurs européens de s'entendre en vue de déposer une plainte avec l'objectif de profiter de la réduction de la concurrence produite par une telle ouverture. Cette réforme de la clause d'intérêt public contribuerait, ainsi, à réduire les pratiques anticoncurrentielles collatérales à l'action antidumping.

535. Plusieurs difficultés se dressent, cependant, contre une telle proposition d'application anticipée de la clause d'intérêt de l'Union. L'article 21, paragraphe 1, du règlement de base dispose qu'une détermination de l'intérêt de la Communauté « *ne peut intervenir que si toutes les parties ont eu la possibilité de faire connaître leur point de vue* », dans les conditions prévues par le paragraphe 2, autrement dit si ces parties ont pu fournir des informations dans les délais fixés par l'avis d'ouverture. Pour respecter cette exigence à un stade antérieur à l'ouverture de la procédure, il faudrait que ces parties, autres que les producteurs formant l'industrie plaignante, puissent s'exprimer avant la publication de l'avis. À cette fin, elles devraient être informées et un délai pour fournir des informations devrait leur être accordé. En théorie, il est possible d'envisager la publication d'une sorte d'avis de préouverture, dès réception d'une plainte jugée recevable, autrement dit d'un avis d'information de l'existence d'une plainte recevable, et non simplement du dépôt d'une plainte. Mais une telle innovation serait probablement contraire à l'article 5.5 du Code antidumping

¹⁹⁶⁷ L'évolution proposée devrait aussi concerner les ouvertures d'office : la Commission devait s'abstenir d'ouvrir une procédure de sa propre initiative avant d'avoir examiné la compatibilité d'une telle ouverture avec l'intérêt de l'Union.

¹⁹⁶⁸ Dans l'un et l'autre cas elles succèdent aux notions d'*intérêt communautaire*, également différentes dans les deux législations, nonobstant une terminologie identique.

dans sa rédaction actuelle¹⁹⁶⁹. Il interdit en effet de rendre publiques les plaintes antidumping avant l'ouverture de la procédure¹⁹⁷⁰. Par ailleurs, afin de respecter la durée maximum des enquêtes imposée par le Code, le délai raisonnable qu'il faudrait accorder aux parties intéressées et les jours nécessaires pour décider d'ouvrir ou non la procédure, viendraient réduire le temps disponible pour mener, si la procédure était finalement ouverte, l'enquête proprement dite¹⁹⁷¹. Surtout, les conséquences néfastes précédemment évoquées ne seraient pas évitées puisque la publicité de l'avis de préouverture engendrerait probablement les mêmes effets que la publication de l'actuel avis d'ouverture. Une solution permettant d'esquiver ces difficultés consisterait à confier à la seule Commission le soin d'évaluer si l'ouverture est dans l'intérêt de l'Union¹⁹⁷², au besoin en l'autorisant, discrètement, à solliciter des informations et/ou à consulter certaines parties intéressées (si toutefois une telle publicité limitée pouvait être conforme à l'actuel Code antidumping).

Pour rendre cette évaluation précoce de l'intérêt de l'Union effective, une motivation adéquate devrait être requise dans l'avis d'ouverture publié. Cependant, faute de qualifier d'acte attaquant un tel avis d'ouverture, le défaut ou l'insuffisance d'évaluation préouverture de l'intérêt européen ne pourrait être judiciairement sanctionné qu'en cas de recours contre le règlement final instituant des mesures, ou par l'éventuel engagement de la responsabilité de l'institution en raison du préjudice causé aux entreprises concernées par une ouverture contraire à l'intérêt de l'Union.

536. Dans sa communication d'avril 2013 sur la modernisation des instruments de défense commerciale, la Commission paraît envisager une telle prise en compte anticipée de l'intérêt de l'Union dans un cas particulier. Consciente de l'augmentation

¹⁹⁶⁹ Reprise à l'article 5, paragraphe 5, du règlement de base.

¹⁹⁷⁰ Une telle application anticipée, et l'obstacle constitué par cette règle de l'OMC, avaient été exposés par la Commission dans son livre vert, *L'Europe dans le monde – Les instruments de défense commerciale de l'Europe dans une économie mondiale en mutation*, 6 décembre 2006, préc. ; spéc. p. 9.

¹⁹⁷¹ Une alternative à une telle pré-ouverture peut être envisagée : puisque, dans la législation de l'Union, procédure et enquête sont distinguées, l'on pourrait ouvrir la procédure et publier ainsi une invitation à présenter des observations sur l'intérêt de l'Union dans un délai fixé, puis, en cas de conclusion de conformité avec l'intérêt de l'Union, ouvrir l'enquête sur le dumping, le préjudice et le lien de causalité.

¹⁹⁷² Elle pourrait disposer d'informations contenues dans la plainte, si une modification de la législation conduisait à exiger du plaignant qu'il fournisse des éléments de preuve quant à la compatibilité des mesures avec l'intérêt de l'Union (en plus de ceux actuellement requis s'agissant de l'existence d'un dumping, d'un préjudice et d'un lien de causalité). Mais pourrait-on attendre d'un plaignant qu'il fournisse autre chose que des arguments favorables à sa plainte ?

des menaces de rétorsions, contre des producteurs de l'Union ayant l'intention de déposer une plainte auprès de la Commission, par les pays exportateurs concernés, elle propose d'appliquer la possibilité que la législation actuelle lui donne d'ouvrir d'office la procédure (et donc l'enquête) lorsque les producteurs européens sont exposés à de telles menaces. Or, la Commission indique que « [p]our décider de l'opportunité d'ouvrir ou non une enquête d'office », elle prendra « en compte les éléments de preuve disponibles permettant de déterminer si des mesures auraient des conséquences économiques disproportionnées pour l'Union dans son ensemble, au cas où l'enquête confirmerait l'existence d'un dumping ou de subventions préjudiciables »¹⁹⁷³. Une telle déclaration suggère qu'une sorte d'application du critère d'intérêt de l'Union aurait lieu pour décider de l'opportunité d'ouvrir d'office une procédure antidumping.

2° Une détermination du préjudice important et du lien de causalité plus réceptive aux pratiques anticoncurrentielles constatées

537. Les déterminations du préjudice important et de son lien de causalité avec les importations en dumping peuvent être affectées par l'existence de pratiques anticoncurrentielles mises en œuvre par tout ou partie des producteurs européens du produit similaire à celui faisant l'objet d'un dumping, voire par des comportements illicites de fabricants de biens ou services utilisés pour la production de ce produit¹⁹⁷⁴. Ainsi le préjudice doit-il être établi en tenant compte, lorsqu'elles sont avérées, de telles infractions antitrust. Par ailleurs, au titre des « autres facteurs » de préjudice susceptibles de causer également un préjudice à l'industrie de l'Union¹⁹⁷⁵, il convient d'apprécier si l'existence de telles infractions peut rompre le lien établi, *prima facie*, entre les importations en dumping et le préjudice important subi¹⁹⁷⁶. Toutefois, en l'état actuel de la législation antidumping, les autres facteurs de préjudice ne sont

¹⁹⁷³ Comm. eur., *Communication au Conseil et au Parlement européen, relative à la modernisation des instruments de défense commerciale – Adapter les instruments de défense commerciale aux besoins actuels de l'économie européenne*, 10 avril 2013, COM(2013) 191 final ; spéc. p. 6.

¹⁹⁷⁴ V. *supra* n° 483-488.

¹⁹⁷⁵ Les institutions européennes sont tenues de « tenir compte des effets des autres facteurs et, en particulier, des conditions de marché dans la Communauté » (considérant n° 9 du règlement de base) ; parmi ces autres facteurs figurent « les pratiques commerciales restrictives des producteurs de pays tiers et communautaires et la concurrence entre ces mêmes producteurs » (article 3, paragraphe 7, du règlement de base).

¹⁹⁷⁶ Sur ces autres facteurs susceptibles de rompre le lien de causalité entre les importations en dumping et le préjudice important v., *supra* n° 346 et s.

susceptibles de briser le lien de causalité que s'ils interviennent, individuellement ou collectivement, de manière principale dans la génération de ce préjudice. En effet, une constatation de comportement licite ou illicite de l'industrie de l'Union partiellement responsable du dommage n'exclut pas la reconnaissance d'un préjudice important causé par les importations en dumping. Il n'est pas requis que ces importations constituent la seule cause, ni même la cause principale du préjudice, et il suffit qu'un préjudice important leur soit imputable. Sans suggérer une réforme de fond exigeant que les importations en dumping soient la cause principale du préjudice¹⁹⁷⁷, tout au moins pourrait-on inciter les institutions à une grande réceptivité aux allégations de pratiques anticoncurrentielles affectant l'appréciation du préjudice *lato sensu*. À cet égard doit être salué l'engagement procédural récemment pris par la Commission, pour l'avenir, d'ouvrir systématiquement un réexamen intermédiaire des mesures antidumping en vigueur « *lorsqu'elle [aura] observé que des producteurs de l'Union ont adopté un comportement anticoncurrentiel* », mais seulement « *en cas de chevauchement du produit concerné et des périodes de temps* »¹⁹⁷⁸. « *Le réexamen intermédiaire analysera si et à quel degré les mesures antidumping [...] existantes sont affectées par un tel comportement anticoncurrentiel* ». Ainsi que la Commission l'indique en préambule à cette promesse, « *une attitude anticoncurrentielle peut fausser les constatations de préjudice* » : « *des sociétés faisant partie d'un cartel auront des prix de vente plus élevés que dans des conditions concurrentielles normales. Cela influence, à son tour, l'analyse des prix, qui est une composante essentielle de l'examen du préjudice* »¹⁹⁷⁹.

Le chevauchement matériel requis concerne le produit dont les importations sont effectuées en dumping et le marché pertinent où a lieu l'infraction antitrust, les marchés *commerciaux* et *antitrust* étant rarement identiques¹⁹⁸⁰. Quant à la condition de chevauchement temporel, la Commission ne précise pas quelles seraient les périodes considérées. Or, si pour l'infraction antitrust ce ne peut qu'être la période de mise en œuvre du comportement illicite, s'agissant du dumping préjudiciable plusieurs périodes sont utilisées. Le risque étant qu'une attitude anticoncurrentielle

¹⁹⁷⁷ V. *supra* n° 345.

¹⁹⁷⁸ Comm. eur., *Communication au Conseil et au Parlement européen relative à la modernisation des instruments de défense commerciale – Adapter les instruments de défense commerciale aux besoins actuels de l'économie européenne*, COM(2013) 191 final, 10 avril 2013, paragraphe 2.5.3.

¹⁹⁷⁹ *Ibid.*

¹⁹⁸⁰ V. *supra* n° 140.

fausse les constatations de préjudice, c'est la période définie pour déterminer l'existence d'un préjudice important qui devrait être retenue.

538. Afin de renforcer l'efficacité de la condition de lien de causalité, une modification de nature procédurale de la législation de base pourrait aussi être envisagée. Aujourd'hui, lorsque le préjudice est négligeable, « *une procédure ne doit pas être ouverte* »¹⁹⁸¹. De même, en présence d'éléments de preuve suffisants de l'existence d'autres facteurs de préjudice susceptibles de rompre le lien de causalité entre les importations en dumping et le préjudice important, l'ouverture d'une procédure devrait être empêchée. Des indices sérieux d'un comportement anticoncurrentiel récent impliquant la plus grande partie des producteurs européens, ou tout au moins de ceux constituant l'industrie plaignante, pourraient ainsi constituer un obstacle à l'engagement d'une procédure aux effets concurrentiels néfastes. Certes, ce nouvel obstacle serait d'une mise en œuvre délicate. Car nonobstant leur faute au regard du droit antitrust, demeure fondé le double argument selon lequel, d'une part, les entreprises de l'Union méritent d'être protégées d'une concurrence déloyale et, d'autre part, les producteurs-exportateurs de pays tiers recourant au dumping ne méritent pas d'échapper à la neutralisation des effets de leur pratique commerciale déloyale (par ailleurs éventuellement aussi dommageable pour les autres producteurs-exportateurs de ce pays, ou d'autres pays tiers, qui ne pratiquent pas le dumping).

B. Une coopération effective entre autorités de concurrence et antidumping

539. Non seulement le dumping peut avoir pour causes des pratiques anticoncurrentielles sur le marché d'exportation, cloisonnant ce dernier et offrant ainsi aux producteurs-exportateurs du pays concerné des moyens de pratiquer le dumping sans risque de réimportations des marchandises exportées, mais, en outre, des comportements restrictifs de concurrence des fabricants européens peuvent interférer avec les déterminations du préjudice important et du lien de causalité entre celui-ci et les importations en dumping. L'intervention d'une autorité de concurrence contre de telles attitudes infractionnelles, parallèlement au déroulé d'une procédure antidumping, ne serait donc pas incongrue.

¹⁹⁸¹ Article 5, paragraphe 7, du règlement de base.

Rien n'interdit la poursuite, séparément mais concomitamment, d'une enquête antitrust et d'une procédure antidumping. Mais aucune disposition des législations européennes concernées n'organise un dialogue entre elles. Certaines entravent même la coopération entre les autorités européennes compétentes impliquées. Si la Commission jouit de compétences importantes dans la mise en œuvre des deux législations concernées, les directions responsables de l'application de l'une et de l'autre sont distinctes et doivent suivre, respectivement, les prescriptions de chacune des réglementations concernées. Ainsi l'échange d'informations à l'intérieur de la Commission, entre les directions générales (DG) commerce et concurrence est-il proscrit. D'un côté, le règlement antidumping de base stipule que « [l]es informations reçues en application du présent règlement ne peuvent être utilisées que dans le but pour lequel elles ont été demandées »¹⁹⁸². Dès lors, par exemple, les informations sur les prix communiquées à la DG commerce dans le contexte d'une procédure antidumping ne peuvent pas être transmises à la DG concurrence¹⁹⁸³. De l'autre côté, le règlement de procédure antitrust indique que « les informations recueillies en application » des dispositions relatives aux pouvoirs d'enquête de la Commission¹⁹⁸⁴ « ne peuvent être utilisées qu'aux fins auxquelles elles ont été recueillies »¹⁹⁸⁵, ce qui exclut leur utilisation dans le cadre d'une procédure antidumping. Les informations communiquées par une partie intéressée dans une procédure à la DG compétente, ne sauraient donc être réputées connues de l'autre DG qui, dès lors, ne peut être blâmée pour ne pas en avoir tenu compte¹⁹⁸⁶. Nonobstant, il n'existe pas d'obstacle à ce

¹⁹⁸² Article 19, paragraphe 6, du règlement de base.

¹⁹⁸³ Ivo VAN BAEL et Jean-François BELLIS, *EU Anti-Dumping and Other Trade Defence Instruments*, 5^{ème} éd., *op. cit.* ; spéc. p. 502.

¹⁹⁸⁴ Précisément, en application de l'article 17 (« Enquêtes par secteur économique et par type d'accords »), de l'article 18 (« Demandes de renseignements »), de l'article 19 (« Pouvoir de recueillir des déclarations »), de l'article 20 (« Pouvoirs de la Commission en matière d'inspection »), de l'article 21 (« Inspection d'autres locaux ») et de l'article 22 (« Enquêtes par les autorités des États membres »), du règlement (CE) n° 1/2003, préc.

¹⁹⁸⁵ Article 28, paragraphe 1, du règlement (CE) n° 1/2003, préc.

Sans préjudice, d'une part, des échanges d'informations entre la Commission et les autorités de concurrence des États membres, qui « ont le pouvoir de se communiquer et d'utiliser comme moyen de preuve tout élément de fait ou de droit, y compris des informations confidentielles », mais seulement « aux fins de l'application de l'article 81 ou 82 du traité (désormais articles 101 et 102 TFUE) et pour l'objet pour lequel elles ont été recueillies par l'autorité qui transmet l'information » (article 12 du règlement (CE) n° 1/2003) ; et, d'autre part, de la possibilité pour les juridictions des États membres, « dans les procédures d'application de l'article 81 ou 82 du traité » (désormais articles 101 et 102 TFUE), de « demander à la Commission de leur communiquer des informations en sa possession » (article 15 du règlement (CE) n° 1/2003).

¹⁹⁸⁶ Dans l'affaire *IPS*, le Tribunal rejeta un argument de la société IPS au motif qu'il était fondé sur un document communiqué à la DG IV (DG concurrence), mais pas à la DG I (DG relations

qu'une personne qui communique des informations à l'une de ces DG les transmette également à l'autre, de sa propre initiative. Et rien ne s'oppose à ce que l'une des directions générales de la Commission consulte l'autre lorsque le dossier qu'elle instruit est susceptible d'avoir des incidences particulières sur la politique mise en œuvre par l'autre¹⁹⁸⁷.

540. En outre, les structures respectives de mise en œuvre des réglementations antidumping et antitrust de l'Union¹⁹⁸⁸ ne facilitent pas leur application coordonnée, et les récents changements concernant la procédure d'adoption des mesures de défense commerciale¹⁹⁸⁹ ne modifient pas, en pratique, la situation à cet égard. Du côté de la mise en œuvre des règles européennes relatives aux pratiques anticoncurrentielles, la Commission est l'acteur central, même si, depuis 2003, les ANC jouent également un rôle important et forment avec elle le réseau européen de concurrence (REC)¹⁹⁹⁰. Quant au Conseil, son rôle n'est que législatif, et celui du comité consultatif en matière d'ententes et de positions dominantes est juridiquement mineur¹⁹⁹¹. Du côté de l'action contre le dumping, jusque récemment la Commission,

économiques extérieures), « seule direction générale responsable de l'instruction des procédures antidumping » (TPICE, 15 octobre 1998, *Industrie des poudres sphériques (IPS) c/ Conseil*, aff. T-2/95, *Rec.* p. II-3939 (pt 270). Comme l'observent deux auteurs, « [i]nterestingly, the General Court ruled that the Commission could not be blamed for not having used information supporting the conclusions that the union industry was responsible for the fall in price since that information was not given to the Commission's DG Trade (in charge of anti-dumping investigations) but solely to the Commission's DG Competition » (Ivo VAN BAEL et Jean-François BELLIS, *EU Anti-Dumping and Other Trade Defence Instruments*, 5^{ème} éd., *op. cit.* ; ici p. 371).

¹⁹⁸⁷ V., à cet égard, Paul VANDOREN, « The interface between anti-dumping and competition law and policy in the European Community », *LIEI*, 1986/2, p. 1-16 ; spéc. p. 2-3 : l'auteur, fonctionnaire de la Commission, rapportait qu'en pratique de telles consultations ont lieu. Et, dernièrement, Edwin VERMULST, *EU Anti-Dumping Law and Practice*, 2^{ème} éd., *op. cit.* ; spéc. p. 20, n° 2-008 : il explique que la DG commerce consulte sur une base régulière la DG concurrence sur les implications concurrentielles des procédures antidumping et vise une réponse à une question parlementaire de 1995 concernant l'affaire *ciment Portland* (question n° E-30/95, *JOCE* C 88, 10 avril 1995, p. 47).

¹⁹⁸⁸ Les rôles ici envisagés sont ceux en matière d'application des législations antidumping et antitrust. Les autorités compétentes pour adopter les règles normatives sont différentes et ne font pas l'objet des présents développements (v. *supra* n° 92 et s., et n° 119 et s.).

¹⁹⁸⁹ V. *supra* n° 106.

¹⁹⁹⁰ Pour une présentation de la répartition des compétences et la collaboration entre autorités au sein du REC, v. Catherine PRIETO et David BOSCO, *Droit européen de la concurrence – Ententes et abus de position dominante*, *op. cit.* ; spéc. n° 14248 et s., p. 1117 et s.

¹⁹⁹¹ Comité prévu par l'article 14 du règlement (CE) n° 1/2003, préc., composé de représentants des ANC. Il est consulté par la Commission avant de prendre des décisions constatant une infraction (articles 7), imposant des amendes (article 23) ou des astreintes (article 24, paragraphe 2), ordonnant des mesures provisoires (article 8), acceptant des engagements (article 9), et constatant l'inapplication de l'article 101 ou de l'article 102 TFUE (article 10). Mais il ne rend qu'un avis

« *acteur essentiel de la procédure antidumping* », proposait « *au Conseil les termes du règlement définitif* »¹⁹⁹² que ce dernier adoptait. Elle menait les enquêtes et prenait les mesures provisoires¹⁹⁹³ ; elle acceptait les engagements de prix et clôturait sans institution de mesures¹⁹⁹⁴ ; mais c'était le Conseil qui, sur sa proposition, instituait les mesures définitives, certes selon une procédure favorisant l'adoption de sa proposition¹⁹⁹⁵. À compter du 20 février 2014¹⁹⁹⁶, la Commission, qui conserve ses missions antérieures¹⁹⁹⁷, devient l'institution compétente pour adopter les mesures définitives, dans le cadre d'une compétence d'exécution de l'acte de base, sous le contrôle actif des États membres dans le cadre d'un nouveau comité antidumping¹⁹⁹⁸ – et le cas échéant d'un comité d'appel –, le Conseil ne jouant pratiquement plus aucun

simple qui ne lie pas la Commission, qui doit seulement en tenir « *le plus grand compte* ». Le nouveau règlement *comitologie* ne concerne pas la mise en œuvre des règles de concurrence.

¹⁹⁹² TPICE, 24 octobre 2006, *Ritek Corp. e.a. c/ Conseil*, aff. T-274/02, *Rec.* p. II-4305 (pt 31).

¹⁹⁹³ Que le Conseil pouvait altérer à la majorité qualifiée (article 7 du règlement de base avant les modifications de janvier 2014).

¹⁹⁹⁴ Le Conseil n'intervenant qu'en cas d'objection(s) émise(s) au sein du comité et ne pouvant s'opposer qu'à la majorité qualifiée (article 8, paragraphe 5, et article 9, paragraphe 2, du règlement de base avant les modifications de janvier 2014).

¹⁹⁹⁵ Depuis une réforme du règlement de base intervenue en 2004 (règlement (CE) n° 461/2004, *JOUE* L 77, 13 mars 2004, p. 12), la proposition de mesures définitives présentée par la Commission était réputée adoptée par le Conseil sauf s'il décidait, à la majorité simple, de la rejeter dans un délai d'un mois à partir de sa présentation.

¹⁹⁹⁶ Date d'entrée en vigueur du règlement (UE) n° 37/2014 du Parlement européen et du Conseil, du 15 janvier 2014, modifiant certains règlements relatifs à la politique commerciale commune en ce qui concerne les procédures d'adoption de certaines mesures, *JOUE* L 18, 21 janvier 2014, p. 1. Ce règlement rend applicable à la matière antidumping les procédures prévues par le règlement *comitologie* (règlement (UE) n° 182/2011 du Parlement européen et du Conseil, du 16 février 2011, établissant les règles et principes généraux relatifs aux modalités de contrôle par les États membres de l'exercice des compétences d'exécution par la Commission, *JOUE* L 55, 28 février 2011, p. 13). Ainsi la défense commerciale qui, jusqu'alors, ne relevait pas du champ d'application de la décision *comitologie* (décision n° 1999/468/CE du Conseil, du 28 juin 1999, fixant les modalités de l'exercice des compétences d'exécution conférées à la Commission, *JOCE* L 184, 17 juillet 1999, p. 23, telle que modifiée par la décision n° 2006/512/CE du Conseil, *JOCE* L 200, 22 juillet 2007, p. 11), entre dans le cadre de la *nouvelle comitologie* résultant du traité de Lisbonne et mise en place par le règlement *comitologie*.

¹⁹⁹⁷ L'application des procédures consultatives et d'examen prévues par le règlement *comitologie* pour l'adoption de mesures provisoires, l'acceptation d'engagement et la clôture des enquêtes/procédures ne modifie pas substantiellement la latitude de la Commission, le rôle du Conseil étant seulement dévolu au nouveau comité consultatif, certes avec un pouvoir de s'opposer à la proposition de la Commission à la majorité qualifiée, et non plus à la majorité simple.

¹⁹⁹⁸ La procédure à suivre étant la procédure d'examen du règlement *comitologie* (article 5), avec quelques particularités : en principe l'avis conforme du comité – composé de représentants des États membres qui peuvent proposer des modifications à la proposition –, pris à la majorité qualifiée, est nécessaire pour que la Commission puisse instituer un droit antidumping définitif. Un avis défavorable à la majorité qualifiée empêche l'adoption de sa proposition sauf saisine du comité d'appel (article 6 du règlement *comitologie*) : s'il rend un avis favorable à la majorité qualifiée, la Commission adopte son projet ; s'il ne rend pas d'avis, la Commission peut adopter son projet ; s'il rend un avis défavorable à cette même majorité, la Commission n'adopte pas son projet. Le comité d'appel est aussi saisi en cas d'absence d'avis du comité ou d'avis défavorable à la majorité simple.

rôle¹⁹⁹⁹. Nonobstant cette récente évolution de la répartition des compétences d'exécution, le contraste entre l'autonomie de la Commission en matière antitrust et la possibilité pour les États membres d'entraver son action en matière antidumping, est susceptible de constituer un frein à l'application coordonnée des législations antidumping et antitrust.

541. Dans une procédure antidumping, la DG commerce peut, et même doit, tenir compte des constatations d'infractions antitrust faites par les ANC et par la DG concurrence, susceptibles d'affecter les déterminations du préjudice et du lien de causalité et/ou la conclusion quant à l'appréciation de l'intérêt européen. À ce sujet, la Commission s'est récemment engagée à ouvrir « *systématiquement un réexamen intermédiaire des mesures [antidumping] en vigueur, lorsqu'elle a observé que des producteurs de l'Union ont adopté un comportement anticoncurrentiel* »²⁰⁰⁰. En l'absence de précision sur les origines d'une telle *observation*, les hypothèses suivantes peuvent être avancées. Cette *observation* pourrait certainement découler d'une décision de constatation d'infraction prise en application de l'article 7 du règlement de procédure antitrust, mais sans doute aussi d'une décision similaire prise par une ANC, voire simplement d'informations transmises à la DG commerce dans le cadre de la procédure antidumping. Ce dernier cas impliquerait que l'autorité antidumping puisse qualifier un comportement d'entreprises de pratique anticoncurrentielle. Or seule la Commission, après enquête menée par sa DG concurrence selon les prescriptions procédurales requises, peut constater une telle infraction.

Inversement, la DG concurrence ne peut ignorer, dans une affaire antitrust, les pratiques de dumping mises en œuvre sur un marché et/ou affectant celui-ci, ainsi que l'utilisation des mesures antidumping par les parties à une entente dans le cadre de leur collusion.

542. La question d'une imbrication plus forte des procédures antidumping et antitrust mérite d'être posée. Ainsi, une autorité de concurrence pourrait être consultée, pour

¹⁹⁹⁹ À l'instar du Parlement européen, le Conseil a seulement un « *droit de regard* » (article 11 du règlement *comitologie*) : ils peuvent ainsi indiquer à la Commission qu'un projet d'acte d'exécution excède ses compétences d'exécution prévues par le règlement de base ; la Commission doit alors réexaminer son projet en tenant compte de cette position et informer son auteur de son intention de maintenir, modifier ou retirer son projet.

²⁰⁰⁰ V. *supra* n° 537.

avis, avant l'adoption d'une mesure antidumping. Mais quelle autorité devrait l'être ? *A priori* la Commission elle-même, sa DG concurrence étant alors appelée, à la demande de la DG commerce, à exposer son appréciation des implications et répercussions antitrust de la procédure antidumping considérée. Mais lorsque l'industrie de l'Union est régionale, on pourrait envisager la consultation de l'ANC (ou des ANC) de la *région* concernée.

Des solutions plus simples sont probablement plus réalistes. La première serait de prévoir la consultation du comité consultatif en matière d'ententes et de positions dominantes composé de représentants des ANC²⁰⁰¹. La seconde, plus facile encore à mettre en œuvre, consisterait à élargir la composition du comité antidumping dont l'article 15 du règlement de base prévoit l'intervention aux étapes clés d'une procédure, afin d'y ajouter des représentants de ces ANC²⁰⁰². Cette dernière solution serait d'autant plus souhaitable que le rôle de ce comité vient d'être considérablement accru par la récente réforme des procédures d'adoption de certaines mesures en matière de politique commerciale, notamment celles contre le dumping.

Par ailleurs, la création d'un poste d'économiste au sein de la DG commerce, sur le modèle de celui de la DG concurrence²⁰⁰³, dont la mission consisterait à attirer l'attention sur les implications concurrentielles des procédures et des mesures de défense commerciale, notamment contre le dumping, pourrait constituer un moyen efficace d'assurer une prise en compte de ces éventuelles implications.

543. Outre les consultations précédemment envisagées, l'ouverture systématique d'une procédure antitrust concomitamment à l'initiation d'une procédure antidumping pourrait constituer un progrès en matière de réception des préoccupations concurrentielles par l'action antidumping. La finalité d'une telle démarche serait double. D'une part, elle permettrait de s'assurer qu'aucune pratique anticoncurrentielle n'interfère avec la détermination d'un préjudice important et de son lien de causalité avec les importations effectuées en dumping. D'autre part, pourrait à cette occasion être recherché si le dumping ne trouve pas son origine dans

²⁰⁰¹ Article 14 du règlement (CE) n° 1/2003, préc.

²⁰⁰² L'avantage d'une telle solution étant que, ce comité étant consulté à diverses étapes de la procédure antidumping, et pouvant s'y opposer selon certaines modalités, les représentants des ANC pourraient intervenir à chacune de ces étapes et peser sur le cours de la procédure.

²⁰⁰³ Au sein de la DG concurrence, l'économiste en chef, directement rattaché au directeur général, a pour mission de fournir des avis économiques indépendants sur certains cas particuliers et sur la politique de concurrence en général.

des pratiques anticoncurrentielles qui, à défaut de relever des règles antitrust européennes, pourraient être appréhendées par le droit de la concurrence du pays exportateur²⁰⁰⁴. S'il serait relativement aisé pour la DG commerce de tenir compte, dans la vérification des conditions d'adoption de mesures antidumping, des conclusions de cette procédure parallèle s'agissant des répercussions sur ces conditions de pratiques anticoncurrentielles établies, plus délicates à définir seraient les conséquences à tirer d'une constatation que le dumping a pour cause une infraction antitrust (établie au regard du droit européen et/ou de la loi du pays exportateur). Dans cette dernière hypothèse, on pourrait envisager de subordonner l'adoption de mesures antidumping à l'impossibilité avérée de faire cesser cette cause illicite. De même, lorsque le cloisonnement du marché d'exportation ne résulte pas d'infractions antitrust mais d'autres comportements privés, de simples préférences des consommateurs étrangers, voire de diverses mesures étatiques, il conviendrait de vérifier qu'il est effectivement impossible d'y être mis un terme par les moyens diplomatiques et juridiques à la disposition des institutions européennes.

Par ailleurs, la question d'une stricte automaticité d'une telle enquête parallèle se pose. Il serait souhaitable de conditionner son déclenchement à la fourniture, par des parties intéressées, d'éléments de preuve suffisant de l'existence d'une pratique anticoncurrentielle. Des délais raisonnables devraient être prévus pour la fourniture de telles informations et pour la décision quant à l'ouverture d'une procédure. La DG concurrence, saisie par la DG commerce, devrait conduire cette enquête et permettre l'exploitation de ces résultats avant l'institution des mesures antidumping définitives.

544. Dans le cas de la consultation d'une autorité compétente en matière de concurrence, mais surtout en cas d'ouverture concomitante d'une procédure antitrust, d'importantes difficultés pratiques devraient être surmontées. La première a trait à la durée maximale relativement faible des procédures antidumping : la durée d'une enquête/procédure antidumping est limitée en général à un an et au maximum à dix-huit mois après son ouverture. Les enquêtes de réexamen sont également strictement bornées dans le temps. Intercaler une consultation dans ce court délai serait délicat.

²⁰⁰⁴ Bernard M. HOEKMANN et Petros C. MAVROIDIS ont proposé que la vérification par une autorité de concurrence du manque de contestabilité du marché devienne une condition préalable à l'ouverture d'une enquête antidumping (« Dumping, Antidumping and Antitrust », *JWT*, vol. 30, n° 1, 1996, p. 27-53). Tout au moins cette recherche des causes du dumping pourrait-elle être faite pendant la durée de l'enquête.

Faire aboutir une procédure antitrust dans la même durée ne serait probablement que rarement possible.

Davantage qu'une improbable intervention d'autorités de concurrence dans la procédure antidumping, et qu'une plus hypothétique encore conduite parallèle d'une procédure antitrust, c'est l'implication accrue de certaines parties intéressées à la procédure de défense commerciale qui apparaît véritablement susceptible d'améliorer la prise en compte des préoccupations de concurrence dans ce cadre.

§ II. Un renforcement du rôle des parties intéressées dans la procédure antidumping

545. Un moyen efficace de rendre l'action antidumping plus réceptive aux objectifs de concurrence consiste à reconnaître à des « *parties intéressées* » des droits procéduraux leur permettant de faire valoir leurs intérêts et de contraindre les autorités compétentes à justifier leur position en faveur des mesures de défense commerciale. Car si certaines de ces « *parties intéressées* » ont intérêt à l'adoption de mesures antidumping (les plaignants en particulier), d'autres sont animées par des buts plus en ligne avec l'objectif d'une concurrence non faussée sur le marché intérieur (telles que les utilisateurs et consommateurs).

Un grand nombre de *personnes* relèvent de la notion de « *parties intéressées* » au sens du Code antidumping²⁰⁰⁵. Son énumération, non exhaustive, n'exclut pas la reconnaissance par les Membres qui le souhaitent, de la qualité de partie intéressée à d'autres personnes, le Code reconnaissant explicitement la possibilité d'une extension de son cercle des « *parties intéressées* ». Ainsi, dans l'Union²⁰⁰⁶, les utilisateurs du

²⁰⁰⁵ L'article 6.11 du Code antidumping définit, aux fins du Code, les « *parties intéressées* » comme étant : les exportateurs, producteurs et importateurs du produit faisant l'objet d'une enquête et tout « *groupement professionnel commercial ou industriel dont la majorité des membres produisent, exportent ou importent ce produit* » ; « *le gouvernement du Membre exportateur* » ; les producteurs du produit similaire du Membre importateur (sans préciser s'il s'agit ou non d'un plaignant) et tout « *groupement professionnel commercial ou industriel dont la majorité des membres produisent le produit similaire sur le territoire du Membre importateur* ».

²⁰⁰⁶ Bien que l'actuel règlement de base ne contienne pas de définition explicite de la notion de « *parties intéressées* », il résulte des dispositions combinées de ses articles 5, paragraphe 10, 6, paragraphe 7, et 21, que la qualité de partie intéressée est reconnue aux plaignants, aux importateurs et exportateurs du produit faisant l'objet de l'enquête ainsi qu'à leurs associations représentatives, mais aussi aux utilisateurs et aux associations de consommateurs. Les représentants du pays exportateurs ont, *ipso facto*, une telle qualité.

produit concerné et les associations de consommateurs peuvent-ils solliciter et se voir reconnaître cette qualité²⁰⁰⁷.

546. Les parties intéressées interviennent à de nombreux stades de la procédure antidumping. Car le Code antidumping, outre une obligation générale de mener les enquêtes d'une manière objective et impartiale, sans favoriser certains intérêts, fait peser sur ces autorités des obligations particulières – qui contribuent à l'effectivité de l'obligation générale – consistant notamment à veiller à ce que toutes les parties intéressées puissent défendre leurs intérêts²⁰⁰⁸. Divers droits procéduraux leurs sont ainsi reconnus.

Un renforcement de ces droits concernant deux catégories de parties intéressées serait susceptible de réduire les risques concurrentiels de l'action antidumping : d'une part, les entreprises directement affectées par les mesures antidumping éventuellement adoptées à l'issue d'une enquête, autrement dit les exportateurs et les importateurs du produit faisant l'objet d'une enquête, tenus d'acquiescer les droits institués ou de respecter les engagements pris et acceptés, parfois désignés comme « *parties concernées* » (**A.**) ; d'autre part, les utilisateurs, au sens large, de ce produit et du produit européen similaire (**B.**).

²⁰⁰⁷ Cette extension de la notion de partie intéressée par la législation antidumping européenne n'est pas l'unique différence, en ce domaine, avec le droit de l'OMC. En effet, les représentants du pays exportateurs, bien qu'ayant des droits importants dans la procédure antidumping, ne semblent pas inclus dans la notion de « *parties intéressées* » du règlement de base (v. article 5, paragraphe 5, et article 6, paragraphes 6 et 7, du règlement de base. Ceci semble, cependant, sans conséquence s'agissant de la compatibilité de la législation européenne avec le Code antidumping, dès lors que les droits qui leur sont reconnus ne seraient pas moindres que ceux prévus par ce dernier).

Par ailleurs, ce dernier réserve cette qualité aux plaignants, et ne l'étend pas à l'ensemble des producteurs communautaires du produit similaire à celui faisant l'objet de l'enquête (article 6, paragraphe 7, du règlement de base ; l'expression *plaignants* vise aussi bien le plaignant formel, celui qui dépose la plainte au nom de l'industrie communautaire, que les producteurs qui soutiennent cette plainte ; en revanche, les producteurs ne soutenant pas la plainte paraissent privés de la qualité de partie intéressée), situation qui pourrait prochainement changer aux seules fins de l'évaluation de l'intérêt de l'Union. La Commission estime, en effet, que « *lors de l'évaluation de l'intérêt de l'Union, tous les producteurs de l'Union devraient [...] avoir la possibilité de présenter des observations et pas seulement ceux dont émanent la plainte* » (considérant n° 18 de la *proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil modifiant le règlement (CE) n° 1225/2009*, COM(2013) 192 final, 10 avril 2013). Elle souligne que, en pratique, les informations qu'ils fournissent actuellement aux fins de l'analyse de l'intérêt de l'Union sont déjà acceptées (COM(2013) 191 final, 10 avril 2013, p. 12).

Enfin, la qualité de partie intéressée est reconnue par l'Union aux exportateurs étrangers, mais pas aux producteurs du pays tiers concerné, ce qui exclut ceux de ces derniers qui ne sont pas également exportateurs.

²⁰⁰⁸ Article 6 du Code antidumping. V., également, à propos de ces obligations, le rapport du Groupe spécial *Mexique – mesures antidumping définitives visant la viande de bœuf et le riz – plainte concernant le riz*, WT/DS295/R, 6 juin 2005 (paragraphes 7.184 et s.).

A. Le renforcement des droits procéduraux des entreprises directement affectées par les mesures antidumping

547. Plusieurs droits procéduraux sont reconnus aux exportateurs²⁰⁰⁹ et importateurs du produit faisant l'objet de l'enquête (ainsi qu'à leurs associations représentatives) directement affectés²⁰¹⁰ par les mesures antidumping éventuellement adoptées à l'issue d'une enquête antidumping²⁰¹¹. Par l'action de la jurisprudence communautaire et grâce aux progrès réalisés en matière de droits de la défense dans l'actuel règlement de base, ces prérogatives procédurales ont été notablement accrues (1°). Elles pourraient être encore renforcées (2°).

1° Les droits procéduraux actuellement octroyés aux parties directement affectées

548. Le règlement de base octroie aux parties directement affectées – exportateurs et importateurs du produit concerné – plusieurs droits procéduraux leur permettant de défendre leurs intérêts. Car, si une procédure antidumping n'est pas susceptible d'aboutir à des sanctions comme en matière antitrust, elle peut conduire à l'adoption de règlements « *qui, malgré leur portée générale, peuvent affecter les entreprises concernées de manière directe et individuelle et comporter pour elles des*

²⁰⁰⁹ Qu'ils soient ou non également producteurs du produit faisant l'objet de l'enquête.

²⁰¹⁰ Sous l'empire du quatrième règlement de base ((CE) n° 2423/88), la Cour avait isolé les personnes « *les plus directement concerné[e]s par la prétendue pratique de dumping, à savoir le plaignant et les importateurs et exportateurs notoirement concernés* » (CJCE, 28 novembre 1991, *Bureau européen des unions de consommateurs (BEUC) c/ Commission*, aff. C-170/89, *Rec.* p. I-5798, pt 28). Il nous semble plus juste de distinguer les personnes *directement affectées* que sont les exportateurs et les importateurs dont les activités sont soumises aux mesures antidumping, de toutes les autres *parties intéressées* à la procédure qui ne sont qu'indirectement affectées par ces mesures. L'expression *directement affectée* ici employée est distincte de celle de *directement concernée* utilisée pour déterminer la recevabilité d'un recours en annulation (exigence d'être individuellement et directement concerné par le règlement instituant un droit antidumping).

²⁰¹¹ Exportateurs et importateurs du produit faisant l'objet de l'enquête sont des entreprises directement pénalisées par les droits institués, notamment parce que les uns ou les autres, selon le cas, doivent acquitter ces droits. Les premiers sont directement impactés par les engagements qu'ils proposent et que la Commission accepte. D'autres entreprises sont également affectées par les mesures antidumping mais indirectement : les entreprises utilisatrices présentes sur les marchés en aval de celui du produit concerné et du produit similaire ainsi que celles actives sur les marchés en amont. L'impact des mesures n'est qu'indirect pour elles et, par ailleurs, il n'est pas nécessairement négatif. Ainsi les entreprises en amont peuvent-elles profiter du maintien d'une industrie de l'Union consommatrice de leurs productions ou, inversement, souffrir par ricochet de l'impact sur les exportations vers l'Union des producteurs de pays tiers dont elles seraient les fournisseurs. La mondialisation des échanges est telle que ces fournisseurs européens en amont contrôlent parfois les producteurs de pays tiers dont les importations en dumping causent un préjudice à l'industrie de l'Union sur les marchés en aval.

conséquences défavorables »²⁰¹². Par conséquent, la procédure de défense commerciale est soumise aux « *exigences découlant du respect des droits de la défense* », principe fondamental à maintes reprises souligné, notamment en matière antitrust²⁰¹³.

Les droits procéduraux reconnus aux entreprises directement affectées sont le droit d'être entendu²⁰¹⁴, le droit d'accès au dossier non confidentiel²⁰¹⁵, le droit au traitement confidentiel des informations communiquées²⁰¹⁶, et le droit d'être informé des principaux faits et considérations sur la base desquels des mesures provisoires ont été instituées²⁰¹⁷ et de ceux sur la base desquels il est envisagé de recommander l'institution de mesures définitives ou la clôture d'une enquête ou d'une procédure sans l'institution de mesures²⁰¹⁸, y compris s'agissant des considérations relatives à l'intérêt de la Communauté²⁰¹⁹. Ce droit d'information *matérialise* le droit d'être

²⁰¹² CJCE, 27 juin 1991, *Al-Jubail Fertilizer co. (Samad) et Saudi Arabian Fertilizer Company (Safco) c/ Conseil*, aff. C-49/89, *Rec.* p. I-3187 (pt 15).

²⁰¹³ *Ibid.* Dans ses conclusions jointes du 14 février 1979 dans l'affaire *des roulements à billes* (*Rec.* 1979 p. 1212), l'avocat général WARNER a indiqué : « *Dans la mesure où elle peut conduire à la constatation qu'un exportateur particulier s'est rendu coupable de dumping et, sur la base de cette constatation, aboutir à l'institution d'un droit antidumping sur ses produits dénommés nommément, elle présente assez des caractéristiques d'une procédure préparatoire à une décision qui le concerne individuellement et directement* » (p. 1262 ; conclusions sous les cinq arrêts CJCE, 29 mars 1979, *NTN Toyo Bearing Company Ltd. e.a. c/ Conseil*, aff. 113/77, *Rec.* p. 1185, *ISO c/ Conseil*, aff. 118/77, *Rec.* p. 1277, *Nippon Seiko KK e.a. c/ Conseil*, aff. 119/77, *Rec.* p. 1303, *Koyo Seiko Co Ltd e.a. c/ Conseil*, aff. 120/77, *Rec.* p. 1337 et *Nachi Fujikoshi Corporation e.a. c/ Conseil*, aff. 121/77, *Rec.* p. 1363). Ultérieurement, dans ses conclusions sous l'arrêt *Al-Jubail*, préc., l'avocat général DARMON a ajouté que, « *du point de vue d'une entreprise, la perte du marché communautaire consécutive à l'institution d'un droit antidumping élevé, comme c'est le cas en l'espèce, produit des conséquences financières comparables à celles résultant de l'application d'une amende pour violation des articles 85 et 86 du traité de Rome* » (pt 73).

²⁰¹⁴ Article 5, paragraphe 10, et article 6, paragraphes 5 et 7, du règlement de base.

²⁰¹⁵ Article 6, paragraphe 7, du règlement de base. L'accès porte, en particulier, sur la plainte écrite (article 5, paragraphe 11, du règlement de base), dans des conditions variables selon les parties : alors que les exportateurs connus et les autorités du pays exportateurs la reçoivent d'office, les autres parties intéressées la reçoivent sur demande.

²⁰¹⁶ Article 19 du règlement de base.

²⁰¹⁷ Article 20, paragraphe 1, du règlement de base.

²⁰¹⁸ Article 20, paragraphe 2, du règlement de base. Cette *information finale* doit être effectuée au moins un mois au plus tard avant la décision définitive ou la transmission, par la Commission au Conseil, d'une proposition de décision finale (article 20, paragraphe 4, du règlement de base).

²⁰¹⁹ Non seulement pour les importateurs, mais également pour les exportateurs, nonobstant le fait que ces derniers ne soient pas visés (alors que les importateurs le sont) par l'article 21, paragraphe 6, du règlement de base, qui prévoit spécifiquement cette information relativement à l'intérêt de l'Union. En effet, le Tribunal a jugé que « *les exportateurs sont en droit d'être informés, au moins de façon succincte, des considérations relatives à l'intérêt de la Communauté, en vertu de l'article 20, paragraphe 2, du règlement de base* » : TPICE, 15 décembre 1999, *Petrotub SA et Republica SA c/ Conseil et Commission*, aff. jtes T-33/98 et T-34/98, *Rec.* p. II-3837 (pt 203). L'exclusion des exportateurs de cette information sur les considérations relatives à l'intérêt communautaire et de la possibilité corrélative de présenter leurs observations à cet égard, revendiquée par le Conseil, sur la base d'une interprétation littérale du règlement de base et au motif que « *les intérêts des exportateurs*

entendu²⁰²⁰. La Commission propose d'ajouter une information préalable des parties concernées de l'intention d'instituer, ou de ne pas instituer des mesures provisoires²⁰²¹.

549. Le droit d'être entendu consiste en deux prérogatives : celle de présenter des observations et de communiquer des informations²⁰²², et celle de bénéficier d'une audition²⁰²³. Des observations écrites peuvent être présentées dans le cadre des réponses aux questionnaires adressés par la Commission²⁰²⁴, sous forme d'un point de vue écrit dans le délai fixé dans l'avis d'ouverture²⁰²⁵, en particulier avant l'institution de droits provisoires²⁰²⁶. Des observations peuvent aussi être formulées sur l'information finale préalable à l'institution de droits définitifs²⁰²⁷, sur l'intérêt de

n'entreraient pas, par définition, dans l'évaluation de l'intérêt de la Communauté » (*ibid.*, pt 193 ; v. aussi pt 190), était critiquable. Elle était critiquée par M. Pierre DIDIER qui estimait qu'elle constituait une violation du principe selon lequel toutes les parties intéressées doivent bénéficier d'une entière possibilité de défendre leurs intérêts et soulignait que les exportateurs peuvent « avoir un avis intéressant sur l'état de la concurrence dans la Communauté et les perspectives de développement de leurs concurrents » (Pierre DIDIER, *Les principaux accords de l'OMC et leur transposition dans la Communauté européenne*, *op. cit.* ; ici p. 104 ; v. également p. 101 ; et v. également, du même auteur, « The WTO Anti-Dumping Code and EC Practice, Issues for Review in Trade Negotiations », *JWT*, vol. 35, n° 1, 2001, p. 33 ; spéc. p. 51). La thèse de l'absence d'incompatibilité avec le Code antidumping pouvait être soutenue puisque celui-ci ne fait qu'encourager l'insertion de clause d'intérêt public et ne règlemente pas les conditions de mise en œuvre d'une telle clause lorsqu'elle est incluse dans une législation antidumping. Néanmoins, la question se posait de la conformité d'une telle différence de traitement entre parties intéressées – et particulièrement entre parties affectées – au regard des droits de la défense. Nonobstant l'annulation de l'arrêt du TPICE (par CJCE, 9 janvier 2003, *Petrotub SA et Republica SA c/ Conseil et Commission*, aff. C-76/00 P, *Rec.* p. I-79), sur un point totalement distinct, son interprétation quant à l'information et la présentation d'observation sur l'intérêt communautaire demeure valable (v. Ivo VAN BAEL et Jean-François BELLIS, *EU Anti-Dumping and Other Trade Defence Instruments*, 5^{ème} éd., *op. cit.* ; spéc. p. 378). Une telle solution est opportune s'agissant du rôle de l'intérêt de l'Union en matière de prise en compte des risques concurrentiels de l'action antidumping. Les exportateurs peuvent avoir un point de vue pertinent et détenir des renseignements utiles, notamment quant aux risques éventuels de renforcement d'une entente ou d'une position dominante par l'adoption de mesures antidumping.

²⁰²⁰ TPICE, 15 décembre 1999, *Petrotub SA et Republica SA c/ Conseil et Commission*, préc. (pt 201).

²⁰²¹ V. *supra* n° 523 et les documents COM(2013) 191 final, préc. (points 2.1.2 et 2.1.3) et COM(2013) 192 final, préc., explicitant les propositions de modification en ce sens du règlement de base.

²⁰²² Article 5, paragraphe 10, du règlement de base.

²⁰²³ En général : article 5, paragraphe 10, et article 6, paragraphe 5, du règlement de base ; en matière d'intérêt de la Communauté : article 21, paragraphe 3, du règlement de base.

²⁰²⁴ Article 6, paragraphe 2, du règlement de base.

²⁰²⁵ Article 5, paragraphe 10, du règlement de base.

²⁰²⁶ Article 7, paragraphe 1, du règlement de base.

²⁰²⁷ Article 20, paragraphe 5, du règlement de base.

la Communauté (par les importateurs mais non par les exportateurs)²⁰²⁸ ou sur les observations des autres parties²⁰²⁹.

Ces deux prérogatives ne sont pas l'apanage des entreprises directement affectées par les mesures, mais sont reconnues à toutes les parties intéressées. S'y ajoute, pour les premières (ainsi que pour les représentants du gouvernement du pays exportateur et les plaignants), la possibilité de demander à « *rencontrer les parties ayant des intérêts contraires pour permettre la confrontation des thèses opposées et d'éventuelles réfutations* », autrement dit un droit à une audition contradictoire, à condition que la confrontation soit acceptée par la ou les parties adverses, libres de la refuser²⁰³⁰.

550. Quant au droit d'accès au dossier non confidentiel, dont le nombre des titulaires fut augmenté en 1996²⁰³¹, la Cour de justice en retient une conception large. Consacrant un « *devoir d'information* » des institutions à l'égard des « *entreprises concernées* », elle a exigé des premières qu'elles agissent « *avec toute la diligence requise en cherchant* » à donner aux seconds, « *dans la mesure où le respect du secret des affaires demeure assuré, des indications utiles à la défense de leurs intérêts en choisissant, le cas échéant d'office, les modalités appropriées d'une telle*

²⁰²⁸ Article 21, paragraphe 2, du règlement de base.

²⁰²⁹ Article 21, paragraphe 2, du règlement de base.

²⁰³⁰ Article 6, paragraphe 6, du règlement de base. V. article 6.2 du Code antidumping qui reconnaît la possibilité de demander « *de rencontrer les parties ayant des intérêts contraires* » « *à toutes les parties intéressées* », aucune partie n'étant « *tenue d'assister à une rencontre* » et l'absence d'une partie ne pouvant être « *préjudiciable à sa cause* ».

²⁰³¹ En effet, le règlement de base adopté en 1996 a réalisé une extension du champ des bénéficiaires s'agissant des exportateurs et importateurs du produit faisant l'objet de l'enquête. Le règlement de base antérieur n'accordait un droit d'accès au dossier qu'aux importateurs et exportateurs « *notoirement concernés* » (article 7, paragraphe 4, a), du règlement de base (CEE) n° 2423/88). Comme l'indiquait l'avocat général MISCHO dans ses conclusions sous le premier arrêt *BEUC*, « *les importateurs et les exportateurs non notablement concernés [n'avaient] pas ce droit, sans doute parce que leurs intérêts ne sont pas aussi directement affectés* » (conclusions sous CJCE, 28 novembre 1991, *Bureau européen des unions de consommateurs (BEUC) c/ Commission*, aff. C-170/89, *Rec.* p. I-5798, pt 30). Désormais, tous les exportateurs et importateurs du produit faisant l'objet de l'enquête peuvent se faire connaître comme parties intéressées et bénéficier des droits procéduraux octroyés aux entreprises directement affectées. Et le fait d'être « *notoirement concernés* » n'intervient qu'à l'égard du mode d'information quant à l'ouverture d'une procédure, ces derniers étant avisés de cette dernière par la Commission, et non simplement informés par la publication au Journal officiel (article 5, paragraphe 11, du règlement de base). Par ailleurs, les « *parties notablement concernées* » reçoivent une copie du règlement ou de la décision adoptée par la Commission ou le Conseil (article 14, paragraphe 2) et les « *exportateurs connus* » reçoivent, d'office, une copie de la plainte (article 5, paragraphe 11).

communication »²⁰³². Une approche favorable à ces entreprises concernées a également été adoptée s'agissant des sources des documents auxquels l'accès doit leur être accordé « *en vue de pouvoir faire valoir utilement leur point de vue* »²⁰³³. Si le règlement de base indique qu'il s'agit des « *renseignements fournis par toute partie concernée par l'enquête [...] pour autant que ces renseignements soient pertinents pour la défense de leurs intérêts [...] et qu'ils soient utilisés dans l'enquête* », à l'exclusion des informations confidentielles et des documents internes²⁰³⁴, la Cour a considéré²⁰³⁵ que l'expression « *partie concernée par l'enquête* », « *comprend non seulement les parties contre lesquelles l'enquête est dirigée, mais également celles dont les informations ont servi [...] à calculer la valeur normale des produits en cause, ces informations étant tout aussi pertinentes pour la défense des intérêts des plaignants que celles émanant des entreprises pratiquant le dumping* »²⁰³⁶. Ainsi doivent être communiqués « *tous les renseignements non confidentiels, qu'ils soient fournis par un opérateur communautaire ou une entreprise d'un pays tiers, qui ont été utilisés par la Commission lors de l'enquête et qui ont déterminé sa décision au regard du droit antidumping* »²⁰³⁷. L'obligation de mise à disposition des informations à la partie intéressée est largement entendue par la Cour puisqu'elle peut porter, dans le cas d'une détermination de la valeur normale à partir d'un produit similaire dans un pays tiers analogue, sur des échantillons ou, au moins, les indications permettant d'identifier ce produit²⁰³⁸.

551. Le droit d'accès aux documents est essentiel à l'effectivité des droits de la défense. Mais il peut entrer en conflit avec le droit au traitement confidentiel. Dans

²⁰³² CJCE, 27 juin 1991, *Al-Jubail Fertilizer co. (Samad) et Saudi Arabian Fertilizer Company (Safco) c/ Conseil*, préc. (pt 17) ; la Cour a précisé que « *les entreprises concernées doivent, en tout état de cause, avoir été mises en mesure, au cours de la procédure administrative, de faire connaître utilement leur point de vue sur la réalité et la pertinence des faits et circonstances allégués et sur les éléments de preuve retenus par la Commission à l'appui de son allégation de l'existence d'une pratique de dumping et du préjudice qui en résulterait* » (*ibid.*). V, antérieurement, CJCE, 20 mars 1985, *Timex Corporation c/ Conseil*, aff. 264/82, *Rec.* p. 121 (pt 30).

²⁰³³ CJCE, 20 mars 1985, *Timex Corporation c/ Conseil*, préc. (pt 24).

²⁰³⁴ Précisément, à l'exclusion des documents confidentiels au sens de l'article 19 du règlement de base et des documents internes établis par les autorités de la Communauté (*i.e.* de l'Union) ou de ses États membres (article 6, paragraphe 7, du règlement de base).

²⁰³⁵ À propos d'une disposition similaire d'un précédent règlement de base, et dans le cas d'un producteur communautaire partie intéressée.

²⁰³⁶ CJCE, 20 mars 1985, *Timex Corporation c/ Conseil*, préc. (pt 25).

²⁰³⁷ *Ibid.*

²⁰³⁸ *Ibid.* (pt 27).

l'arrêt *Timex Corporation*, la Cour de justice a souligné que, s'il permet aux parties intéressées de « *faire valoir utilement leur point de vue* », il doit « *se concilier avec le respect du principe de la protection de la confidentialité* »²⁰³⁹. L'obligation de respecter la confidentialité « *doit toutefois être interprétée de sorte à ne pas vider de leur contenu essentiel* » les droits de la défense²⁰⁴⁰. Ainsi, la Commission « *aurait dû chercher, dans toute la mesure compatible avec le respect du secret des affaires, à communiquer à [la partie intéressée] des indications utiles à la défense de ses intérêts en choisissant, le cas échéant d'office, les modalités appropriées d'une telle communication* »²⁰⁴¹. Comme l'a remarqué l'avocat général Darmon dans ses conclusions dans l'affaire *Al-Jubail Fertilizers*, la « *conciliation de la confidentialité et des droits de la défense* » est difficile à réaliser²⁰⁴².

À propos de la confidentialité comme entrave à la divulgation d'informations reçues dans le cadre d'une procédure antidumping, le règlement de base reconnaît qu'une information peut être confidentielle non seulement parce qu'elle aurait un effet défavorable notable pour la personne qui l'a fourni ou pour celle auprès de qui elle l'a obtenu, mais également²⁰⁴³ parce que « *sa divulgation avantagerait de façon notable un concurrent* »²⁰⁴⁴. Une divulgation d'information peut fausser la concurrence et la situation du marché considéré doit être prise en considération dans la mise en balance des impératifs de confidentialité et des exigences qu'implique le respect des droits de la défense²⁰⁴⁵.

²⁰³⁹ *Ibid.* (pt 24).

²⁰⁴⁰ *Ibid.* (pt 29).

²⁰⁴¹ *Ibid.* (pt 30).

²⁰⁴² Conclusions sous CJCE, 2 juin 1991, *Al-Jubail Fertilizer co. (Samad) et Saudi Arabian Fertilizer Company (Safco) c/ Conseil*, préc. (pt 99). Cette difficile conciliation était en cause dans l'affaire *Al-Jubail* mais la Cour a annulé le règlement attaqué sans avoir à l'aborder, sanctionnant un manquement à l'obligation d'information. L'avocat général DARMON avait, pourtant, proposé des solutions inspirées de la pratique américaine auxquelles, à ce jour, aucune suite ne semble avoir été donnée.

²⁰⁴³ Contrairement au règlement de base antérieur (n° 2423/88), mais à l'instar du Code antidumping.

²⁰⁴⁴ Article 19, paragraphe 1, du règlement de base.

²⁰⁴⁵ TPICE, 18 décembre 1997, *Ajinomoto Co., Inc. et The NutraSweet Company c/ Conseil*, aff. jtes. T-159/97 et T-160/94, *Rec.* p. II-2461 (pts 41-44) : en l'espèce le Tribunal remarquait que, « [a]u cours de la période d'enquête, le marché de l'aspartame présentait des particularités exceptionnelles. Premièrement, il n'existait, au niveau mondial, que quelques fournisseurs d'aspartame : d'une part, les deux requérantes, qui étaient de loin les plus importants et, d'autre part, le producteur communautaire HSC. Les requérantes coopéraient très étroitement, en réalisant pratiquement toutes leurs ventes dans la Communauté par l'intermédiaire de leur entreprise commune NSAG. Deuxièmement, l'aspartame produit par les différents producteurs étant un seul et même produit, la concurrence s'exerçait essentiellement par les prix ». Selon lui, il résultait de « ces particularités que les requérantes ne pouvaient qu'avoir une excellente connaissance du marché leur permettant, à partir d'informations limitées, de tirer des conclusions sur la situation du producteur

552. L'institution d'un conseiller-auditeur est de nature à améliorer, dans la pratique, la conciliation entre les deux exigences d'accès au dossier et de protection de la confidentialité. En créant une telle fonction, l'Union européenne va, en matière d'effectivité des droits procéduraux, au-delà des exigences du Code antidumping. La possibilité de demander l'intervention d'un conseiller-auditeur dans une procédure commerciale fut introduite pour la première fois en 1992, à la suite des critiques exprimées par la Cour de justice à l'égard de la procédure antidumping communautaire dans l'arrêt *Al-Jubail Fertilizers*²⁰⁴⁶. Mais le conseiller-auditeur étant un chef d'unité de la DG commerce, son impartialité pouvait être mise en doute et les parties intéressées sollicitaient rarement son intervention²⁰⁴⁷. Pour répondre aux demandes d'une plus grande transparence et d'impartialité dans les procédures commerciales²⁰⁴⁸, est entré en fonction, en avril 2007, un conseiller-auditeur de la DG commerce, fonctionnaire de cette DG ayant une grande expérience en matière de procédures commerciales, dont l'indépendance est garantie par son rattachement au commissaire chargé de la politique commerciale. Son rôle et ses attributions ont été définis par une décision prise en 2012²⁰⁴⁹. Sa « mission [...] consiste à garantir l'exercice effectif des droits procéduraux des parties intéressées », notamment ceux prévus dans le règlement antidumping de base, et à veiller à ce que les procédures antidumping « soient traitées impartialement, équitablement et dans un délai raisonnable »²⁰⁵⁰. Outre qu'il prépare et conduit²⁰⁵¹ les auditions²⁰⁵² et les auditions

communautaire [...]. Dans ces conditions, les institutions communautaires se devaient d'être particulièrement attentives à ne pas divulguer des renseignements qui auraient permis aux requérantes de déduire des informations commercialement sensibles, susceptibles de mettre le producteur communautaire en danger ».

²⁰⁴⁶ CJCE, 27 juin 1991, *Al-Jubail Fertilizer co. (Samad) et Saudi Arabian Fertilizer Company (Safco) c/ Conseil*, préc.

²⁰⁴⁷ V. Ivo VAN BAEL et Jean-François BELLIS, *EU Anti-Dumping and Other Trade Defence Instruments*, 5^{ème} éd., *op. cit.* ; spéc. p. 504 ; et Jean-François BELLIS, « An enhanced role for the DG Trade Hearing Officer as a counterweight to the broad discretionary power of the Commission staff in EU Trade defense proceedings », mimeo, 2010 (<http://apps.americanbar.org/intlaw/spring2010/materials/Trade%20Authorities%20Political%20Discretion/DG%20TRADE%20HEARING%20OFFICER.pdf>).

²⁰⁴⁸ Site Internet de la DG commerce : <http://ec.europa.eu/trade/tackling-unfair-trade/hearing-officer/>.

²⁰⁴⁹ Décision n° 2012/199/UE du président de la Commission européenne, du 29 février 2012, relative à la fonction et au mandat du conseiller-auditeur dans le cadre de certaines procédures commerciales, *JOUE* L 107, 19 avril 2012, p. 5. V., également, *Comm. eur., Le conseiller auditeur de la DG commerce, Un médiateur indépendant garant de la bonne administration dans les procédures commerciales*, 2011, 8 p. (brochure disponible à l'adresse : <http://bookshop.europa.eu/fr/le-conseiller-auditeur-de-la-dg-commerce-pbNG3011056/>).

²⁰⁵⁰ Article 1 de la décision n° 2012/199/UE, préc.

contradictoires²⁰⁵³, il intervient également en cas de contestation sur la reconnaissance de la qualité de partie intéressée²⁰⁵⁴. Il se prononce aussi « *sur le caractère confidentiel d'un document en possession* » des services de la Commission chargés de l'enquête antidumping, sur la qualité des résumés non confidentiel, et plus généralement sur l'utilisation des informations confidentielles²⁰⁵⁵. L'intervention du conseiller-auditeur dans les procédures antidumping est susceptible de réduire l'opacité souvent reprochée à ces dernières en raison, notamment, de l'importante marge d'appréciation des institutions et de la *complexité byzantine* de l'application de la législation antidumping.

2° Les modifications envisageables quant aux droits procéduraux des personnes directement affectées

553. À l'instar du Code antidumping, le règlement de base prévoit que le gouvernement du pays exportateur concerné doit être informé, préalablement à l'ouverture d'une procédure, de l'existence d'une plainte contre les importations en provenance de ce pays alléguant qu'elles font l'objet d'un dumping préjudiciable²⁰⁵⁶. Cette information préalable du gouvernement du pays exportateur concerné n'est pas étendue aux exportateurs et importateurs du produit concerné et une telle extension, à ce jour non envisagée, serait souhaitable²⁰⁵⁷. Elle semble néanmoins proscrite par le Code antidumping qui demandent aux autorités antidumping d'éviter de « *rendre publique la demande d'ouverture d'une enquête* » tant qu'une décision d'ouverture

²⁰⁵¹ Articles 9 à 11 de la décision n° 2012/199/UE, préc.

²⁰⁵² Article 7 de la décision n° 2012/199/UE, préc., relatif aux « *Auditions d'une partie intéressée ou d'un groupe de parties intéressées ayant des intérêts similaires* ».

²⁰⁵³ Article 8 de la décision n° 2012/199/UE, préc., relatif aux « *Auditions de parties intéressées ayant des intérêts divergents* ».

²⁰⁵⁴ Article 12 de la décision n° 2012/199/UE, préc.

²⁰⁵⁵ Articles 13 et 14 de la décision n° 2012/199/UE, préc.

²⁰⁵⁶ Article 5, paragraphe 5, du règlement de base ; article 5.5 du Code antidumping. Dans le cadre du Cycle de Doha, il est proposé 1) de préciser qu'une telle information préalable devrait avoir lieu au plus tard quinze jours avant l'ouverture d'une enquête et 2) s'accompagner du texte intégral de la plainte, le cas échéant expurgée des éléments confidentiels (jusqu'à présent l'article 6.1.3 du Code prévoit la communication de la plainte après l'ouverture de l'enquête) (OMC, Groupe de négociation sur les règles, *Communication du président*, TN/RL/W/254, 21 avril 2011 ; spéc. p. 12).

²⁰⁵⁷ Ces derniers, lorsque « *notoirement concernés* », sont seulement avisés, comme les représentants du pays exportateurs et les plaignants, de l'ouverture d'une telle procédure, autrement dit postérieurement à l'ouverture (article 5, paragraphe 11, du règlement de base).

n'a pas été prise²⁰⁵⁸. Les droits de la défense des personnes directement affectées par les mesures antidumping seraient pourtant améliorés par leur information préalable – y compris par communication d'une version non-confidentielle de la plainte – et par l'octroi du droit de formuler des observations à cet égard – ou en l'octroyant au moins à celles notoirement concernées, ou aux associations représentatives connues. Ainsi, alors qu'actuellement des échanges n'ont lieu, avant l'ouverture de la procédure, qu'entre la Commission et le(s) plaignant(s), ils pourraient se tenir également entre la première et les exportateurs et importateurs du produit concerné ou leurs associations représentatives, à l'instar de la procédure antitrust dans laquelle les parties visées par une plainte peuvent présenter des observations sur celle-ci avant que la Commission n'opte entre le rejet de la plainte et l'ouverture d'une procédure.

554. Sans créer de nouveaux droits, le dernier projet de nouveau Code antidumping présenté dans le cadre du Cycle de Doha envisage des précisions quant à certains de ceux déjà reconnus, dans le probable objectif d'en renforcer l'effectivité. Ainsi, l'accès au dossier non confidentiel devrait être permis « *dans les moindres délais* »²⁰⁵⁹. En outre, il porterait non plus sur « *tous les renseignements pertinents pour la présentation de leurs dossiers, qui ne seraient pas confidentiels [...], et que les autorités utilisent dans leur enquête antidumping* »²⁰⁶⁰, mais sur « *tous les renseignements non confidentiels qui auront été communiqués aux autorités ou obtenus par elles dans leurs enquêtes antidumping* »²⁰⁶¹. Les précisions seraient apportées quant au contenu du dossier et aux modalités d'accès à ce dernier, y compris par voie électronique²⁰⁶². S'agissant de la conciliation du droit d'accès au dossier avec le droit au traitement confidentiel, le dernier projet de nouveau Code cherche à réduire le risque que le dernier ne prive d'effet le premier²⁰⁶³.

²⁰⁵⁸ Article 5.5 du Code antidumping : « *Les autorités éviteront, sauf si une décision a été prise d'ouvrir une enquête, de rendre publique la demande d'ouverture d'une enquête* ».

²⁰⁵⁹ OMC, Groupe de négociation sur les règles, *Communication du président*, TN/RL/W/254, 21 avril 2011 ; ici p. 14.

²⁰⁶⁰ Article 6, paragraphe 4, du Code antidumping. L'article 6, paragraphe 7, du règlement de base limite également le droit d'accès aux « *renseignements [...] pertinents pour la défense de leurs intérêts* ».

²⁰⁶¹ OMC, Groupe de négociation sur les règles, *Communication du président*, TN/RL/W/254, 21 avril 2011 ; ici p. 14 (soulignement ajouté).

²⁰⁶² Par l'ajout d'un nouveau paragraphe à l'article 6 de l'actuel Code.

²⁰⁶³ Une version non-confidentielle devrait être communiquée « *dans les trois jours ouvrables suivant la présentation du document original* » et « *être identique à la version contenant les renseignements* ».

555. En matière de conciliation du « *double impératif de la protection de la confidentialité et du respect des droits de la défense* »²⁰⁶⁴, le résultat actuel des négociations multilatérales demeure très timoré et en retrait par rapport au système américain dont l’avocat général Darmon a proposé, il y a près de 20 ans, la reprise dans la Communauté. Dans ses conclusions dans l’affaire *Al-Jubail*, l’avocat général soulignait que l’accès aux seules informations non confidentielles était généralement considéré par les commentateurs comme ayant peu d’intérêt au regard des droits de la défense²⁰⁶⁵. Rappelant que la Cour de justice exige de la Commission qu’elle institue les mécanismes propres à assurer le plein exercice des droits de la défense, il estimait que « *force est de constater, notamment, que le recours à des “résumés non confidentiels” se révèle insuffisant dès lors qu’il s’agit de communiquer des éléments chiffrés* »²⁰⁶⁶. À l’instar du Parlement européen²⁰⁶⁷, il préconisait de « *donner aux avocats des parties intéressées accès aux informations confidentielles fournies par leurs adversaires* »²⁰⁶⁸, sur le modèle du système américain. Ce dernier prévoit la constitution, par les autorités compétentes en matière antidumping²⁰⁶⁹, d’un dossier comprenant également les données confidentielles qui, si elles ne peuvent être communiquées sans l’accord préalable de la personne qui les a produites, peuvent néanmoins faire l’objet d’un « *administrative protective order* », au stade de la procédure administrative ou dans le cadre d’un recours, autorisant les conseils de la partie intéressée à en prendre connaissance. Ces conseils sont alors tenus à la confidentialité, y compris à l’égard de leur(s) client(s)²⁰⁷⁰. Certes, la commission du Parlement européen admettait qu’il convenait d’examiner « *si de telles règles seraient*

confidentiels, sinon que les renseignements confidentiels seront supprimés et remplacés par un résumé de ces renseignements » (article 6.5.1 modifié, selon la proposition dans OMC, Groupe de négociation sur les règles, *Communication du président*, TN/RL/W/254, 21 avril 2011 ; ici p. 15).

²⁰⁶⁴ Conclusions sous CJCE, 27 juin 1991, *Al-Jubail Fertilizer co. (Samad) et Saudi Arabian Fertilizer Company (Safco) c/ Conseil*, aff. C-49/88, Rec. p. I-3187 (pt 120).

²⁰⁶⁵ *Ibid.* (pt 107).

²⁰⁶⁶ *Ibid.* (paragraphe 110).

²⁰⁶⁷ Parl. eur., *Rapport de la Commission des relations économiques extérieures sur la politique antidumping de la Communauté européenne*, M. GIJS DE VRIES, document de séance A3-0336/90, 30 novembre 1990.

²⁰⁶⁸ Conclusions sous CJCE, 27 juin 1991, *Al-Jubail Fertilizer co. (Samad) et Saudi Arabian Fertilizer Company (Safco) c/ Conseil*, préc. (pt 108).

²⁰⁶⁹ *US Department of Commerce* (pour la détermination du dumping) et *US International Trade Commission* (pour la détermination du préjudice).

²⁰⁷⁰ Conclusions sous CJCE, 27 juin 1991, *Al-Jubail Fertilizer co. (Samad) et Saudi Arabian Fertilizer Company (Safco) c/ Conseil*, préc. (pt 115).

praticables et, partant, s'il n'y aurait pas lieu d'instaurer, dans la Communauté, des mesures similaires à celles qui sont en vigueur aux États-Unis »²⁰⁷¹. Mais l'avocat général Darmon, soulignant que le Canada connaît un système similaire à celui des États-Unis, considérait les difficultés d'ordre juridique de sa reprise en droit communautaire surmontables²⁰⁷².

La voie suggérée par l'avocat général n'a pas, à ce jour, été empruntée²⁰⁷³. Celle de la création d'un conseiller-auditeur, désormais indépendant de la DG commerce, pourrait, en cette matière, améliorer les résultats pratiques de la conciliation entre ces intérêts contradictoires. Il est en effet habilité, sur demande d'une partie intéressée, à réexaminer l'appréciation des services de la Commission « *sur le point de savoir si un résumé non confidentiel d'informations confidentielles est suffisamment détaillé pour permettre de comprendre raisonnablement la substance des informations communiquées à titre confidentiel* »²⁰⁷⁴. Il peut également, toujours sur demande d'une telle partie, examiner si « *les informations confidentielles par nature et non susceptibles d'être résumées* » ont été correctement utilisées par les services de la Commission chargés de l'enquête²⁰⁷⁵.

B. L'accroissement des droits procéduraux des utilisateurs et des organisations de consommateurs

556. Si les personnes directement affectées par les mesures antidumping qui peuvent être adoptées à l'issue d'une enquête antidumping sont les importateurs, les exportateurs et les producteurs du produit considéré, elles ne sont pas les seules dont les prérogatives dans le cadre d'une procédure antidumping sont susceptibles de réduire l'effet restrictif de concurrence de l'action antidumping. Les *utilisateurs* et, peut-être davantage encore, les *consommateurs*²⁰⁷⁶ peuvent avoir une action positive à

²⁰⁷¹ Parl. eur., *Rapport de la Commission des relations économiques extérieures sur la politique antidumping de la Communauté européenne*, préc. ; ici p. 14.

²⁰⁷² Conclusions sous CJCE, 27 juin 1991, *Al-Jubail Fertilizer co. (Samad) et Saudi Arabian Fertilizer Company (Safco) c/ Conseil*, préc. (pts 117 à 119).

²⁰⁷³ Ni dans l'Union, ni dans le cadre de l'OMC, où elle n'est pas envisagée par l'actuel projet de nouvel accord antidumping.

²⁰⁷⁴ La *sanction* en cas d'insuffisance non corrigée pouvant être d'ignorer les informations confidentielles en cause (article 14 de la décision n° 2012/199/UE, préc.).

²⁰⁷⁵ Article 15 de la décision n° 2012/199/UE, préc.

²⁰⁷⁶ Dans la législation antidumping, le mot *consommateurs* ne désigne pas simplement un type d'*utilisateurs* du produit faisant l'objet d'une enquête. En effet, les consommateurs peuvent ne pas être les utilisateurs de ce produit mais les utilisateurs des produits finis pour la fabrication desquels le

cet égard, puisque leur motivation principale ne serait pas d'éviter l'adoption ou de réduire l'ampleur de mesures antidumping qui ne les affectent qu'indirectement, mais d'assurer une concurrence effective sur le marché du produit concerné dont ils sont les premiers bénéficiaires (1°). Étendre et renforcer les prérogatives de telles *parties intéressées* dans le cours d'une procédure antidumping est donc souhaitable (2°).

1° **La reconnaissance de la qualité de partie intéressée aux utilisateurs et aux organisations de consommateurs**

557. Aux fins du Code antidumping de 1994, la définition des personnes à qui les Membres de l'OMC doivent reconnaître le statut de *parties intéressées* ne s'étend ni aux utilisateurs, ni aux organisations de consommateurs du produit concerné, et aucune modification à cet égard n'est actuellement envisagée dans le cadre des négociations sur les règles du Cycle de Doha²⁰⁷⁷. Cependant, le Code reconnaît aux Membres la possibilité de considérer comme parties intéressées d'autres « *parties nationales ou étrangères* »²⁰⁷⁸ que celles auxquelles il impose d'accorder cette qualité.

Dans le règlement *de transposition* du Code adopté en 1994²⁰⁷⁹, le législateur européen a explicitement introduit la possibilité pour les utilisateurs et les organisations de consommateurs de se faire connaître en tant que partie intéressée, élargissant le cercle des parties intéressées et conférant à ces personnes des droits supérieurs à ceux, minimums, qu'en tout état de cause le Code impose de leur octroyer²⁰⁸⁰. Le législateur entendait ainsi l'invitation à peine voilée de la Cour de

premier est utilisé. Dès lors, ce n'est pas en tant qu'utilisateurs du produit dont il est allégué qu'il fait l'objet d'un dumping (les *utilisateurs* au sens du règlement de base), mais en tant qu'utilisateurs du produit fini, que les consommateurs ont « *néanmoins des intérêts qu'il [convient] de prendre en considération* » en accordant la qualité de partie intéressée à leurs associations (TPICE, 27 janvier 2000, *Bureau européen des unions de consommateurs (BEUC) c/ Commission*, aff. T-256/97, *Rec. p. II-101*, pt 83).

²⁰⁷⁷ V. article 6.11 du Code et le dernier projet de nouvel accord (OMC, Groupe de négociation sur les règles, *Communication du président*, TN/RL/W/254, 21 avril 2011 ; spéc. p. 17).

²⁰⁷⁸ Article 6.11 du Code antidumping.

²⁰⁷⁹ L'éphémère règlement de base (CE) n° 3283/94, dont l'innovation à cet égard fut reprise par les règlements de base ultérieurs.

²⁰⁸⁰ L'article 6.2 du Code antidumping prévoit qu'il doit être ménagé aux « *utilisateurs industriels du produit faisant l'objet de l'enquête, et aux organisations de consommateurs représentatives dans les cas où le produit est vendu couramment au stade du détail, la possibilité de fournir des renseignements qui ont un rapport avec l'enquête en ce qui concerne le dumping, le dommage et le lien de causalité* ».

justice dans l'affaire *BEUC*²⁰⁸¹. Refusant à cette association de consommateurs²⁰⁸² l'accès au dossier non confidentiel de la Commission dans une procédure antidumping²⁰⁸³, au motif qu'elle ne pouvait invoquer le principe fondamental du respect des droits de la défense²⁰⁸⁴, la Cour avait remarqué, d'une part, que le règlement en vigueur « *n'exclu[ai]t pas la possibilité pour la Commission de permettre aux personnes justifiant d'un intérêt légitime de prendre connaissance du dossier non confidentiel* »²⁰⁸⁵ et, d'autre part, qu'il « *appart[enait] au législateur de considérer si le règlement antidumping de base devrait accorder à une association représentant les intérêts des consommateurs le droit de consulter le dossier non confidentiel* »²⁰⁸⁶. La Cour remarquait que le BEUC serait « *mieux à même qu'un consommateur individuel de représenter les intérêts des consommateurs* »²⁰⁸⁷.

²⁰⁸¹ CJCE, 28 novembre 1991, *Bureau européen des unions de consommateurs (BEUC) c/ Commission*, aff. C-170/89, Rec. p. I-5798.

²⁰⁸² Le Bureau européen des unions de consommateurs (BEUC) était, pourtant, une « *partie intéressée* » au sens du règlement de base n° 2324/88 alors en vigueur. Mais sous l'empire de ce règlement de base, coexistaient deux notions distinctes, celle de *parties concernées* et celle de *parties intéressées*. Son article 7, paragraphe 4, a), reconnaissait aux *parties concernées* par l'enquête le droit d'accès aux documents non confidentiels pertinents pour défendre leurs intérêts. Les *parties intéressées* visées par l'article 7, paragraphe 5, avaient seulement le droit d'être entendues. Ces parties étaient celles qui démontraient qu'elles étaient « *susceptibles d'être concernées par le résultat de la procédure et qu'il [existait] des raisons particulières de les entendre oralement* ».

²⁰⁸³ Droit expressément octroyé par le règlement n° 2423/88 (article 7, paragraphe 4, a)) aux plaignants, aux importateurs et exportateurs notoirement concernés (les *parties concernées*) ainsi qu'aux représentants du pays exportateur (considérés comme *parties concernées*), mais pas aux *parties intéressées*, dont le BEUC pouvait revendiquer la qualité. La Commission lui avait seulement accordé la possibilité de faire connaître son point de vue par une déclaration écrite et une audience individuelle et lui avait communiqué une copie non confidentielle de la plainte.

²⁰⁸⁴ La Cour de justice a considéré qu'une association de consommateurs ne pouvait se prévaloir de ce principe puisque « *la procédure antidumping [...] et les mesures de défense éventuelles adoptées à son issue sont dirigées contre les importations de certains produits sur lesquelles pèsent des accusations de pratique de dumping [...] de la part de producteurs et exportateurs étrangers [...] ainsi que, le cas échéant, d'importateurs* » (CJCE, 28 novembre 1991, *BEUC c/ Commission*, préc. ; pt 20), et non pas « *contre des pratiques imputables aux consommateurs ou à des organisations du type de celle du BEUC* » (pt 21). Elle soulignait que, à leur rencontre, aucun acte leur faisant grief ne pouvait conclure la procédure, « *aucune accusation n'étant portée à leur rencontre* » (pt 21). Le BEUC invoquait, en second lieu, le principe de bonne administration et l'application cohérente des règles de procédure communautaire, en soulignant qu'elle serait probablement admise à intervenir dans la procédure contentieuse ouverte par un recours en annulation contre les mesures antidumping introduit par un exportateur. L'argument est écarté et la Cour de justice conclut qu'en choisissant de ne pas accorder le droit d'accès au dossier non confidentiel aux consommateurs, le législateur n'a violé ni les droits de la défense ni le principe de bonne administration, les personnes « *les plus directement concerné[e]s* » par la prétendue pratique de dumping étant le plaignant et les importateurs et exportateurs notoirement concernés (pts 24-28).

²⁰⁸⁵ CJCE, 28 novembre 1991, *BEUC c/ Commission*, préc. (pt 29).

²⁰⁸⁶ *Ibid.* (pt 30).

²⁰⁸⁷ *Ibid.* (pt 28).

558. Désormais, les utilisateurs et les associations de consommateurs peuvent être considérés comme parties intéressées²⁰⁸⁸ dans une procédure antidumping s'ils se font connaître à la suite de la publication de l'avis d'ouverture²⁰⁸⁹. Initialement, s'agissant des associations de consommateurs, la pratique de la Commission, trouvant son origine dans les dispositions de l'article 6.12 du Code antidumping, consistait à ne leur reconnaître la qualité de partie intéressée que dans les cas où le produit en cause était communément vendu au niveau du commerce de détail et, par conséquent, à la leur dénier s'agissant de produits intermédiaires semi-finis, tels que les tissus en coton. Dans une seconde affaire *BEUC*, concernant une procédure antidumping relative à des importations de tels tissus, le Tribunal a été amené à préciser les conditions dans lesquelles la Commission a le pouvoir de refuser de considérer une personne comme partie intéressée aux fins d'une procédure antidumping²⁰⁹⁰. La pratique consistant à « *exclure automatiquement les organisations de consommateurs du cercle des parties intéressées par l'application d'un critère général tel que la distinction entre les produits vendus au stade du commerce de détail et les autres produits* » est censurée²⁰⁹¹. Estimant que, « *afin d'être considéré comme une partie*

²⁰⁸⁸ Le fondement de l'extension de la catégorie des *parties intéressées* n'est pas explicité. Dans le premier arrêt *BEUC*, la Cour avait exclu que le principe fondamental du respect des droits de la défense puisse être invoqué par une association de consommateurs pour fonder un droit d'accès au dossier non confidentiel, dont bénéficie aujourd'hui toutes les parties intéressées (droit alors reconnu aux seules *parties concernées*). En revanche, elle semblait indiquer que le principe de bonne administration, sans être violé par l'absence de droit d'accès au dossier, pourrait justifier une modification de la législation permettant aux « *personnes justifiant d'un intérêt légitime de prendre connaissance du dossier non confidentiel* » (CJCE, 28 novembre 1991, *BEUC c/ Commission*, préc. (pt 29)).

Si les deux expressions *parties intéressées* et *parties concernées* sont toujours utilisées par le règlement de base, elles n'y sont pas des sens différents. Et, d'ailleurs, la version anglaise du règlement utilise l'expression *interested parties* comme traduction des deux expressions *parties intéressées* et *parties concernées*, la seconde étant aussi quelques fois traduite par celle de *parties concerned*.

²⁰⁸⁹ Prévu à l'article 5, paragraphe 10, du règlement de base.

²⁰⁹⁰ TPICE, 27 janvier 2000, *Bureau européen des unions de consommateurs (BEUC) c/ Commission*, aff. T-256/97, *Rec. p. II-101*. Le Tribunal s'est prononcé sur l'interprétation du règlement de base retenue par la Commission conduisant à dénier aux organisations de consommateurs la qualité de partie intéressée dans les procédures concernant des produits généralement non vendus au détail. Par ordonnance du 1^{er} février 1999 (*Rec. p. II-169*), le Tribunal avait préalablement rejeté la demande de non-lieu à statuer présentée par la Commission au motif que la procédure antidumping en cause était close, faute pour le Conseil d'avoir adopté des droits définitifs dans le délai imparti.

²⁰⁹¹ TPICE, 27 janvier 2000, *BEUC c/ Commission*, préc. (pt 76). Le Tribunal estime que le fait que l'article 6.12 du Code antidumping n'accorde les droits limités qu'il prévoit aux organisations de consommateurs représentatives que dans le cas où le produit est vendu couramment au stade du commerce de détail « *n'oblige en rien le législateur communautaire à imposer cette même condition s'il décide d'étendre le cercle des "personnes intéressées"* », comme le permet l'article 6.11. Or, en l'espèce, le législateur n'avait pas repris une telle limitation (pt 71). La Commission n'a pas formé de pourvoi contre l'arrêt du Tribunal.

intéressée aux fins d'une procédure antidumping, il est nécessaire de prouver qu'un lien objectif existe entre ses activités, d'une part, et le produit soumis à la procédure, d'autre part », le Tribunal conclut que la Commission doit fournir aux organisations de consommateurs « l'opportunité de démontrer en quoi elles pourraient être intéressées par le produit en cause »²⁰⁹². La Commission doit examiner, au cas par cas, si une association de consommateurs doit, compte tenu des circonstances propres de l'espèce, être considérée comme une partie intéressée²⁰⁹³. Parmi les circonstances pertinentes à cet égard, semble figurer le fait que l'organisation représente les intérêts de l'ensemble des consommateurs de biens et de services et la circonstance que l'adoption de mesures antidumping pourrait avoir un impact sur le prix des biens dans la production desquels intervient le produit faisant l'objet de l'enquête²⁰⁹⁴.

2° Les progrès envisageables quant aux droits procéduraux des utilisateurs et associations de consommateurs

559. Si au cours des deux dernières décennies, les droits procéduraux des utilisateurs et des associations de consommateurs ont été considérablement accrus – et, par suite, leurs capacités à agir en vue de réduire l'impact protectionniste global de l'action antidumping, ainsi que les risques de pratiques anticoncurrentielles collatérales à cette action –, des progrès demeurent envisageables.

560. Aujourd'hui, lorsque la qualité de partie intéressée leur est reconnue, les utilisateurs et associations de consommateurs bénéficient des droits d'être entendu²⁰⁹⁵, d'accéder au dossier non confidentiel²⁰⁹⁶ et de voir traiter confidentiellement les informations par eux communiquées²⁰⁹⁷. Mais ils sont exclus du cercle des bénéficiaires du droit d'être informé des principaux faits et considérations sur la base desquels des mesures provisoires ont été instituées et/ou de ceux sur la base desquels il est envisagé de recommander l'institution de mesures définitives ou la clôture d'une enquête ou d'une procédure sans l'institution de

²⁰⁹² *Ibid.* (pts 75 et 77).

²⁰⁹³ *Ibid.* (pt 76).

²⁰⁹⁴ *Ibid.* (pts 79-81).

²⁰⁹⁵ Article 5, paragraphe 10, et article 6, paragraphe 5, du règlement de base. Mais ils n'ont pas le droit à une réunion de confrontation, prévu par l'article 6, paragraphe 6, dudit règlement.

²⁰⁹⁶ Article 6, paragraphe 7, du règlement de base. L'accès porte, en particulier, sur la plainte écrite (article 5, paragraphe 11, du règlement de base), sur demande de la partie intéressée.

²⁰⁹⁷ Article 19 du règlement de base.

mesures²⁰⁹⁸ (sur ce point, une modification du règlement de base serait souhaitable). Cette exclusion est néanmoins tempérée par la possibilité de demander « *que leurs soient communiqués* », dans le cadre de l'examen de l'intérêt de l'Union, « *les faits et considérations sur lesquels les décisions finales seront vraisemblablement fondées* »²⁰⁹⁹. Dans l'affaire *BEUC*, le tribunal soulignait que « *le rôle potentiel des organisations de consommateurs n'est pas limité* » à leur avis sur l'intérêt de l'Union, à propos duquel le règlement de base est explicite, « *mais s'étend également à tous les autres aspects d'une telle procédure* »²¹⁰⁰. Toujours dans le cadre de la clause d'intérêt public, ils peuvent également « *présenter des commentaires sur l'application des droits provisoires imposés* »²¹⁰¹. Une évolution proposée par la Commission en avril 2013, dans le cadre de ses propositions de modernisation des instruments de défense commerciale, pourrait améliorer la participation des parties intéressées en général, et des utilisateurs et associations de consommateurs en particulier. L'institution européenne envisage d'augmenter le délai pour se faire connaître comme parties intéressées (qui passerait de 15 à 29 jours) et celui pour répondre au questionnaire (qui serait fixé à 51 jours au lieu de 37)²¹⁰².

561. Les actuelles négociations sur les règles du Cycle de Doha ne prévoient pas de modifications du Code antidumping à propos des droits des parties intéressées en général, et de ceux des utilisateurs et associations de consommateurs en particulier. Nonobstant ce *statu quo* à l'OMC, la législation communautaire pourrait poursuivre dans la voie du dépassement des exigences du Code empruntée en 1994, et renforcer davantage les droits procéduraux de ces derniers. Ainsi pourrait-on envisager de les consulter avant l'ouverture d'une procédure antidumping²¹⁰³. Il s'agirait de les informer de ce que l'ouverture d'une procédure est envisagée et de leur permettre d'exprimer leur avis à cet égard. Mais les difficultés précédemment évoquées en cas d'application anticipée de la clause d'intérêt public, liée à leur information par un

²⁰⁹⁸ Aux termes de l'article 20, paragraphes 1 et 2, ils ne font pas partie des bénéficiaires de ces informations *provisoire et finale*.

²⁰⁹⁹ Article 21, paragraphe 6, du règlement de base.

²¹⁰⁰ TPICE, 27 janvier 2000, *BEUC c/ Commission*, préc. (pt 78).

²¹⁰¹ Article 21, paragraphe 4, du règlement de base.

²¹⁰² Comm. eur., *Communication au Conseil et au Parlement européen, relative à la modernisation des instruments de défense commerciale – Adapter les instruments de défense commerciale aux besoins actuels de l'économie européenne*, 10 avril 2013, COM(2013) 191 final ; spéc. p. 7-8.

²¹⁰³ V., pour une proposition en ce sens, Pierre DIDIER, « The WTO Anti-Dumping Code and EC Practice, Issues for Review in Trade Negotiations », *JWT*, vol. 35, n° 1, 2001, p. 33 ; spéc. p. 50.

avis de préouverture pour l'instant incompatible avec le droit de l'OMC, surviendraient également si une telle proposition était reprise²¹⁰⁴. Une première solution pourrait consister à exiger du plaignant qu'il indique, dans sa plainte, sous peine d'irrecevabilité, les principaux utilisateurs du produit et/ou leurs associations représentatives, ce qui permettrait à la Commission de les consulter directement, sans publication d'un avis. Une seconde solution consisterait à exiger de l'institution européenne qu'elle les identifie elle-même.

562. Le corollaire de la qualité de partie intéressée dans une procédure antidumping devrait être le droit d'introduire un recours en annulation contre les mesures antidumping adoptées. Or, jusqu'à présent, la possibilité pour une association de consommateurs, partie intéressée à la procédure concernée, d'agir en annulation contre une mesure antidumping, n'a pas été reconnue²¹⁰⁵. Dans la première affaire *BEUC*, la Cour a souligné qu'une procédure antidumping ne « *saurait aboutir à un acte leur faisant grief* »²¹⁰⁶, indiquant ainsi qu'elles n'ont pas d'intérêt à agir, ou qu'elles ne peuvent être individuellement concernées²¹⁰⁷. Et seuls les membres d'une catégorie très particulière d'utilisateurs, les OEM (*Original Equipment Manufacturer*), ont vu reconnaître la recevabilité de leurs recours en annulation²¹⁰⁸. Pourtant, l'industrie plaignante peut voir admis son recours en annulation²¹⁰⁹. Il ne s'agit pas de proposer que tout utilisateur et toute association de consommateurs se

²¹⁰⁴ V. *supra* n° 535.

²¹⁰⁵ V., pour une affirmation sans ambiguïté de son absence de qualité à agir : Ivo VAN BAEL et Jean-François BELLIS, *EU Anti-Dumping and Other Trade Defence Instruments*, 5^{ème} éd., *op. cit.* ; spéc. p. 612 ; et également Edwin VERMULST, *EU Anti-Dumping Law and Practice*, 2^{ème} éd., *op. cit.* ; spéc. p. 210, n° 5-010.

²¹⁰⁶ CJCE, 28 novembre 1991, *BEUC c/ Commission*, aff. C-170/89, préc. (pt 21).

²¹⁰⁷ Edwin VERMULST indique en effet qu'il résulte de cet arrêt que : « *This category of interested parties in principle cannot demonstrate standing to challenge a possible anti-dumping regulation because of lack of individual concern* » (*EU Anti-Dumping Law and Practice*, 2^{ème} éd., *op. cit.* ; spéc. p. 210, n° 5-010).

²¹⁰⁸ Dans l'affaire des photocopieurs à papier ordinaires du Japon, la Cour a reconnu la recevabilité du recours en annulation d'OEM qui étaient, en l'espèce, « *concerné[s] par les constatations relatives à l'existence de la pratique de dumping incriminée* » ce dont il résultait qu'ils étaient « *concerné[s] directement et individuellement par les dispositions du règlement litigieux, relatives aux pratiques de dumping* » de leur fournisseur-producteur japonais respectif : CJCE, 14 mars 1990, *Nashua Corporation e.a. c/ Commission et Conseil*, aff. jtes C-133/87 et C-150/87, *Rec.* p. I-719 (pts 16-20 ; contre un règlement instituant un droit antidumping définitif) et CJCE, 14 mars 1990, *Gestetner Holdings plc c/ Conseil et Commission*, préc. (pts 19-23 ; également contre un règlement instituant un droit antidumping définitif). La Cour y définit l'OEM comme un « *fournisseur sous sa propre marque de produits fabriqués par d'autres entreprises* » (au pt 3 de chacun des deux arrêts), et répond sur la recevabilité « *sans qu'il y ait lieu de qualifier la requérante comme importateur ou exportateur* » (respectivement pt 20 et pt 23 de ces deux arrêts).

²¹⁰⁹ CJCE, 20 mars 1985, *Timex Corporation c/ Conseil*, aff. 264/82, *Rec.* p. 121.

voient reconnaître le droit d'agir en annulation contre une décision d'acceptation d'engagement ou un règlement instituant un droit antidumping. Dans certaines circonstances cependant, la recevabilité de leur recours en annulation contre de tels actes serait souhaitable, en particulier lorsque l'utilisateur ou l'association s'est vue reconnaître la qualité de partie intéressée et a effectivement et activement participé à la procédure conduisant à l'adoption de ces actes. Cependant, la jurisprudence actuelle ne s'oriente pas dans le sens d'une telle évolution²¹¹⁰.

563. Une amélioration des droits procéduraux des utilisateurs et organisations de consommateurs pourrait particulièrement intervenir en matière d'enquêtes de réexamen.

S'agissant d'un réexamen à l'expiration – susceptible de faire obstacle à la fin normale des mesures et de conduire à leur prorogation –, le règlement de base réserve aux exportateurs, importateurs, représentants des pays exportateurs et producteurs de l'Union « *la possibilité de développer, réfuter ou commenter les thèses exposées dans la demande de réexamen* » et de présenter des éléments de preuve à cette égard²¹¹¹. Certes, utilisateurs et associations de consommateurs jouissent en ce domaine des droits procéduraux précédemment évoqués²¹¹². L'intérêt de l'Union devant y être examiné, ils peuvent faire connaître leur position à cet égard. S'il n'y aurait aucun intérêt à leur octroyer le droit de solliciter un tel réexamen à l'expiration²¹¹³, en revanche il serait pertinent qu'ils puissent provoquer un réexamen intermédiaire, à l'instar des États membres, des exportateurs, des importateurs et des producteurs de l'Union, seuls aujourd'hui autorisés à le faire²¹¹⁴. En effet, ils sont susceptibles de connaître des raisons pour lesquelles les mesures adoptées devraient être abrogées ou modifiées avant leur terme normal²¹¹⁵. La Commission s'étant engagée à ouvrir systématiquement un réexamen intermédiaire lorsqu'elle observera que des

²¹¹⁰ V., à propos de l'irrecevabilité d'un recours en annulation formé par une association d'importateurs indépendants : Trib.UE, 7 mars 2014 (ordonnance), *Fédération européenne de l'industrie du sport (FESI) c/ Conseil*, aff. T-134/10, non encore publiée au *Rec.*

²¹¹¹ Article 11, paragraphe 3, du règlement de base.

²¹¹² En vertu de l'article 11, paragraphe 5, du règlement de base.

²¹¹³ Que la Commission ne peut ouvrir que d'office ou à la demande des producteurs de l'Union (article 11, paragraphe 2, du règlement de base).

²¹¹⁴ Article 11, paragraphe 3, du règlement de base.

²¹¹⁵ L'examen de l'intérêt de l'Union n'est pas systématique dans les enquêtes de réexamen intermédiaire : il n'a lieu que si le réexamen porte sur le dumping et sur le préjudice (il peut ne porter que sur l'un ou l'autre) ou s'il est explicitement ouvert en couvrant l'intérêt européen.

producteurs européens ont adopté un comportement anticoncurrentiel²¹¹⁶, les utilisateurs et associations de consommateurs avertis et/ou victimes d'un tel agissement auraient intérêt à en avertir la Commission, provoquant ainsi, indirectement, le réexamen intermédiaire souhaité.

CONCLUSION DU CHAPITRE II ET DU TITRE II

564. L'encadrement des champs d'application temporel et personnel des mesures antidumping, d'une part, et les règles relatives à l'adoption des mesures que sont la clause d'intérêt public, la règle du droit moindre et les seuils *de minimis*, d'autre part, forment un ensemble de dispositions matérielles aptes à limiter les incidences de l'action antidumping, en général, et des mesures antidumping, en particulier, sur la concurrence. L'amélioration de la prise en compte des répercussions concurrentielles de l'action antidumping repose non seulement sur d'éventuelles évolutions de ces règles et des pratiques relatives à leur mise en œuvre, mais aussi sur un renforcement des droits procéduraux des parties intéressées dont les intérêts convergent, voire coïncident, avec ceux promus par la politique de concurrence, et sur des encouragements à leur participation active dans les procédures antidumping.

Dans une perspective plus générale, compte tenu d'une pérennité certaine à court et moyen terme de la législation antidumping de l'Union dans les relations de cette dernière avec la plupart des pays tiers, la précision des règles de procédure, la transparence dans l'application de la législation et le contrôle du respect de la légalité, constituent les sauvegardes les plus efficaces contre une utilisation de la législation antidumping à des fins protectionnistes²¹¹⁷. Elles contribuent également à réduire les risques de pratiques anticoncurrentielles collatérales à l'action antidumping. En effet, les règles matérielles et procédurales qui limitent les situations d'adoption de mesures antidumping et/ou réduisent leur ampleur²¹¹⁸, non seulement cantonnent l'incidence anticoncurrentielle globale des procédures et mesures

²¹¹⁶ COM(2013) 191 final, 10 avril 2013, paragraphe 2.5.3 ; et v. *supra* n° 537 et 541.

²¹¹⁷ V., à cet égard, Petros C. MAVROIDIS, Patrick A. MESSERLIN et Jasper M. WAUTERS, *The Law and Economics of Contingent Protection in the WTO*, Cheltenham, UK - Northampton, MA, USA, Edward Elgar, 2008, 606 p. ; spéc. p. 130.

²¹¹⁸ Garantissant que seules les véritables situations de dumping préjudiciable sont neutralisées en tenant compte de l'ensemble des intérêts en présence.

antidumping à ce qui ne peut être évité tout en poursuivant l'objectif légitime de la défense commerciale, mais réduisent également l'incitation à une utilisation abusive de la législation antidumping par les différentes entreprises concernées.

565. Jusqu'à présent, les décisions sanctionnant une pratique anticoncurrentielle n'ont que rarement eu des conséquences concrètes sur une procédure antidumping. Si le comportement illicite de certains producteurs, puni à juste titre par les autorités de concurrence compétentes, ne saurait priver ceux-ci, ni *a fortiori* les autres producteurs de l'industrie européenne non coupables d'une telle infraction, de la protection légitime contre les importations en dumping préjudiciables, l'incidence d'une pratique anticoncurrentielle sur le fonctionnement du marché, y compris dans la période suivant la date de cessation de l'infraction, devrait être davantage prise en considération. L'échec de la requérante, dans l'affaire des *systèmes d'électrodes en graphite d'Inde*, à faire admettre par le Tribunal qu'un marché n'est pas libéré des effets d'une entente immédiatement après la cessation de celle-ci, est, à cet égard, regrettable²¹¹⁹. Les institutions se sont montrées réticentes, jusqu'à présent, à reconnaître qu'un comportement anticoncurrentiel passé, commis par toute ou partie de l'industrie de l'Union, puisse être au moins partiellement responsable du préjudice subi par elle. En raison de leur large marge d'appréciation, notamment en matière d'appréciation du lien de causalité, impliquant un contrôle limité du juge communautaire, les institutions ont une responsabilité principale dans les faibles répercussions, sur les procédures antidumping, des décisions constatant des infractions antitrust portant sur le même produit et relative à une période proche de celles utilisées pour déterminer l'existence d'un dumping préjudiciable.

²¹¹⁹ TPICE, 17 décembre 2008, *HEG Ltd et Graphite India Ltd c/ Conseil*, aff. T-462/04, *Rec.* p. II-3685 (pt 113).

CONCLUSION DE LA SECONDE PARTIE

566. La coexistence harmonieuse, la compatibilité entre l'action antidumping et la politique de concurrence, nécessitent que les inévitables répercussions de la première sur la concurrence promue par la seconde soient cantonnées au strict minimum. À cette fin, la législation antidumping doit être rédigée et appliquée de telle sorte que soient évitées les biais protectionnistes dans la détermination de l'existence d'un dumping préjudiciable. Toute dérive protectionniste dans la détermination de l'existence de la pratique tarifaire appréhendée doit être empêchée et aucune action ne doit pouvoir être entreprise contre des importations à prix agressifs mais néanmoins loyaux. Par ailleurs, la mise en œuvre de cette législation doit être soucieuse de circonscrire ou empêcher, selon le cas, les restrictions de concurrence engendrées par les mesures antidumping et celles collatérales aux procédures engagées. La concurrence ne doit pas être restreinte au-delà de ce qui est strictement nécessaire et proportionné à l'objectif de loyauté dans la concurrence que l'action antidumping prétend poursuivre. L'incidence nocive pour la libre concurrence ne doit pas aller au-delà des effets restrictifs intrinsiquement liés à l'application de la législation antidumping. Si l'écueil des biais protectionnistes n'est pas évité, et si l'objectif d'une application la plus réceptive possible aux préoccupations concurrentielle n'est pas atteint, l'action antidumping perd sa légitimité. Elle devient déloyale et excessivement attentatoire à la libre concurrence. Il devient alors difficile, voire impossible, de soutenir que cette action de défense commerciale doit être acceptée pour sa contribution à la loyauté de la concurrence. Plusieurs propositions d'évolution de la législation et de la pratique en matière antidumping peuvent être proposées pour réduire les biais et améliorer la prise en compte des risques de répercussions concurrentielles excessives. Elles sont présentées dans la conclusion générale.

CONCLUSION GÉNÉRALE

567. Depuis les débuts de la construction européenne, le droit primaire prévoit la mise en place non seulement d'un régime assurant que la concurrence ne soit pas faussée dans le marché commun, devenu marché intérieur, mais aussi d'instruments de défense commerciale, dont une législation antidumping visant certaines importations sur ce marché. Les élargissements successifs ont agrandi cet espace à l'intérieur duquel le dumping n'est plus appréhendé, et ont ainsi un peu réduit le nombre de pays tiers dont les importations sur ce marché peuvent faire l'objet d'un dumping préjudiciable. Progressivement établis et développés, le droit de la concurrence et la réglementation antidumping, tous deux relatifs à des pratiques d'entreprises, ont chacun connu d'importantes évolutions. Demeure toutefois la nécessité pour eux de cohabiter. Si la coexistence entre ces règles pour la concurrence et contre le dumping n'est pas naturellement harmonieuse, l'expérience communautaire suggère que leur cohabitation est inévitable tant que les conditions d'un renoncement à l'action antidumping ne seront pas établies à l'échelle mondiale²¹²⁰. Une prévision à cet égard serait hasardeuse. Il peut cependant être affirmé sans risque que la législation antidumping de l'Union, en place depuis près d'un demi-siècle, a encore de belles décennies devant elle²¹²¹. Nonobstant la mise en cause de la pertinence économique de la défense antidumping, il est hautement improbable qu'un consensus politique puisse émerger entre les États membres en

²¹²⁰ Jusqu'à ce jour, le seul cadre dans lequel ces conditions ont été considérées comme vérifiées est la zone de libre-échange renforcée qu'est l'EEE.

²¹²¹ Ainsi, sont toujours pertinentes les considérations suivantes formulées dans le rapport d'un député européen en 1990 : « *Les législations antidumping ne seront ni abrogées, ni substantiellement révisées dans l'avenir prévisible. Par conséquent, les responsables politiques devraient veiller à ce que le code antidumping du GATT soit aussi peu que possible susceptible d'interprétation, et à ce que les législations antidumping nationales soient équitables, efficaces et conformes à la fois à la lettre et à l'esprit de l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce* » (Parl. eur., *Rapport de la commission des relations économiques extérieures sur la politique antidumping de la Communauté européenne*, M. GIJS DE VRIES, 30 novembre 1990, document de séance A3-0336/90, exposé des motifs de la proposition de résolution ; spéc. p. 13 ; la résolution a été adoptée le 14 décembre 1990 : Parl. eur., *Résolution sur la politique antidumping de la Communauté européenne*, JOCE C 19, 28 janvier 1991, p. 633).

faveur d'un abandon volontaire, tant qu'un haut degré d'homogénéité des conditions internationales de concurrence ne sera pas garanti²¹²². Quant à une révision du droit de l'OMC qui conduirait à interdire la défense antidumping, elle est toute aussi, voire davantage, improbable.

Dans ces circonstances, l'enjeu à court et moyen terme pour les règles européennes en matière de dumping et de concurrence est d'améliorer leur incontournable coexistence, de réduire les tensions inhérentes à la coloration protectionniste des premières opposée à l'optique libérale des secondes. Dans cette perspective, c'est davantage aux incidences nocives de l'action antidumping sur la concurrence, qu'aux différences entre la législation antidumping et le droit antitrust, qu'il convient de s'intéresser, afin d'envisager les moyens de les réduire. Nonobstant, diminuer les différences permet d'atteindre cet objectif de réduction des incidences néfastes lorsque cette diminution a pour résultat un encadrement plus strict des procédures et mesures d'exécution de la législation antidumping. L'identification des rapprochements envisageables présente donc une certaine utilité à cet égard.

568. Avant d'envisager des modifications de la législation et de la pratique antidumping qui, selon nous, permettraient d'améliorer sa coexistence avec les règles de concurrence, il convient d'évaluer l'éventuelle contribution à cet objectif de l'initiative pour la modernisation des instruments de défense commerciale (antidumping et anti-subsidiation) lancée par la Commission au printemps 2012²¹²³. Constatant que l'environnement économique a profondément évolué depuis l'adoption, au milieu des années 1990, de la législation de base de transposition du droit de l'OMC issu de l'accord de Marrakech, alors que les règles de défense commerciale n'ont connue aucune révision fondamentale et sont demeurées

²¹²² Contrairement aux règles fondamentales du droit antitrust de l'Union qui figurent dans le traité (articles 101 et 102 TFUE) et ne peuvent donc être altérées ou retirées qu'à l'unanimité des États membres, il ne semble pas que l'unanimité soit requise pour un renoncement unilatéral de l'Union à son action antidumping. En effet, le traité (article 207 TFUE) se contente de prévoir l'adoption de « *mesures de défense commerciale, dont celles à prendre en cas de dumping* », et la législation prise sur ce fondement l'est selon la procédure législative ordinaire qui requiert seulement une majorité qualifiée.

²¹²³ Une réforme avait été envisagée en 2006 avec la publication par la Commission du *Livre vert, L'Europe dans le monde – Les instruments de défense commerciale de l'Europe dans une économie mondiale en mutation* (6 décembre 2006, COM(2006) 763 final). Mais elle n'avait pas aboutie, « *en raison de l'absence de convergence de vues* » (Com. eur., DG commerce, *Initiative pour la modernisation des instruments de défense commerciales, Questionnaire destiné aux parties concernées*, avril 2012).

pratiquement inchangées, la Commission estime nécessaire d'actualiser les instruments européens de défense commerciale. En tenant compte des résultats de la consultation publique menée entre avril et juillet 2012 et des conclusions d'une étude indépendante publiée quelques mois auparavant²¹²⁴, la Commission a présenté, en avril 2013, un *paquet défense commerciale* comprenant une proposition législative²¹²⁵, quatre projets de lignes directrices soumis à consultation publique²¹²⁶, et une communication explicative²¹²⁷ contenant également des propositions non législatives d'améliorations de sa pratique administrative. L'actualisation proposée s'inscrit dans la perspective d'une absence de changement du cadre multilatéral de l'OMC dans un avenir prévisible. Elle ne touche pas aux grandes lignes de la législation et préserve l'équilibre actuel entre les différents intérêts en présence. Les évolutions du cadre législatif et de la pratique administrative envisagées dans ce paquet sont concentrées sur l'accroissement de la transparence et de la prévisibilité des mesures²¹²⁸, sur l'amélioration de l'efficacité de l'action antidumping²¹²⁹, sur le

²¹²⁴ Étude réalisée à la demande de la Commission, par BKP Development Research & Consulting, intitulée *Evaluation of the European Union's Trade and Defence Instruments, Final Evaluation Study*, et daté 27 février 2012.

²¹²⁵ Comm. eur., *Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil, modifiant le règlement (CE) n° 1225/2009 du Conseil*, 10 avril 2013, COM(2013) 192 final.

²¹²⁶ Ces projets (mis en ligne sur le site de la Commission lors du lancement de la consultation publique) portent, respectivement, sur 1) le critère de l'intérêt de l'Union, 2) les réexamens au titre de l'expiration des mesures, 3) le calcul de la marge de préjudice et 4) le choix du pays analogue dans les enquêtes portant sur des importations de pays n'ayant pas une économie de marché. Ils ont fait l'objet d'une consultation publique entre le 12 avril et le 31 juillet 2013. Lorsqu'elles seront finalisées, ces lignes directrices devraient être publiées au Journal officiel.

²¹²⁷ Comm. eur., *Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen, relative à la modernisation des instruments de défense commerciale – Adapter les instruments de défense commerciale aux besoins actuels de l'économie européenne*, 10 avril 2013, COM(2013) 191 final.

²¹²⁸ Par l'information des parties concernées (importateurs notamment) avant l'institution des droits provisoires ou l'information de la non-institution de telles mesures, le cas échéant ; par la publication au *JOUE* de lignes directrices sur quatre aspects particulièrement complexes (1) le critère de l'intérêt de l'Union, 2) les réexamens au titre de l'expiration des mesures, 3) le calcul de la marge de préjudice et 4) le choix du pays analogue dans les enquêtes portant sur des importations de pays n'ayant pas une économie de marché ; et par l'actualisation des lignes directrices existantes concernant les demandes de remboursement des droits antidumping acquittés.

²¹²⁹ Par l'ouverture d'office de la procédure lorsqu'il existe une menace de rétorsion contre l'industrie de l'Union si elle dépose plainte et par l'obligation, en cas d'ouverture d'office, pour les producteurs européens de coopérer à l'enquête ; par l'ouverture d'office d'une enquête anticourtage en cas de contournement des mesures antidumping ; par la non application de la règle du droit moindre en cas d'importations en provenance de pays tiers qui créent des distorsions structurelles sur leurs marchés des matières premières (en instaurant des taxes à l'importation ou en utilisant des systèmes de double prix) ; par l'augmentation des délais pour se faire connaître comme parties intéressées et répondre au questionnaire, pour la seule partie de l'enquête concernant l'intérêt de l'Union, afin d'encourager la coopération des parties intéressées.

renforcement de l'équité des instruments²¹³⁰ et sur l'alignement de la législation sur la pratique actuelle découlant de la jurisprudence récente des juridictions de l'Union et de l'ORD de l'OMC, présenté par la Commission comme une codification²¹³¹. Si ces évolutions sont pour la plupart bienvenues, leur contribution à la réduction des incidences anticoncurrentielles de l'action antidumping paraît assez faible, à l'exception notable de l'engagement procédural pris par la Commission de systématiquement ouvrir un réexamen intermédiaire des mesures antidumping en vigueur « *lorsqu'elle [aura] observé que des producteurs de l'Union ont adopté un*

²¹³⁰ Par le remboursement des droits perçus au cours d'un réexamen à l'expiration s'il est conclu par la non prorogation des mesures ; et par un encouragement des parties concernées à demander l'ouverture d'un réexamen intermédiaire parallèlement à celle d'un réexamen à l'expiration, en attirant leur attention sur la possibilité de faire une telle demande dans l'avis d'expiration prochaine publié au Journal officiel neuf mois avant la fin de la période de cinq ans d'application des mesures.

²¹³¹ Ces codifications concernent :

- la définition de l'industrie de l'Union : le préjudice important doit être subi par l'industrie de l'Union ; celle-ci peut être constituée de l'ensemble des producteurs communautaires ou seulement de ceux dont les productions additionnées constituent une « *proportion majeure* » de la production communautaire (article 4, paragraphe 1, du règlement de base) ; cette proportion majeure ne peut plus être appréciée en utilisant les seuils fixés par le règlement de base (article 5, paragraphe 4) pour apprécier si une plainte est soutenue par une proportion suffisante des producteurs de l'Union (v. *supra* n° 30) : le renvoi à ces seuils, qu'opère actuellement l'article 4, paragraphe 1, doit donc être supprimé ;
- les conséquences pour les producteurs-exportateurs dont une enquête initiale a déterminé qu'ils n'ont pas pratiqué de dumping ou ont pratiqué un dumping à des niveaux *de minimis* (marge de dumping nulle ou *de minimis*) : la procédure devra être immédiatement clôturée en ce qui concerne ces producteurs-exportateurs qui ne pourront plus faire l'objet d'enquêtes de réexamen ultérieures ; ils pourront seulement faire l'objet d'une nouvelle procédure ; la Commission propose ainsi de tirer les conséquences des positions prises par un groupe spécial et l'Organe d'appel dans le différend *Mexique – mesures antidumping définitives visant le riz* ;
- la suppression de l'obligation existante d'appliquer, dans les enquêtes de réexamen ou de remboursement, la même méthode que celle utilisée dans l'enquête ayant abouti à l'imposition du droit, sauf changement des circonstances : la Commission estime opportun de pouvoir changer de méthodes pour plus de souplesse et de cohérence de son action antidumping ;
- la base pour choisir un échantillon de producteurs de l'Union en cas de recours à l'échantillonnage : la pratique actuelle de la Commission, conforme au droit de l'OMC, est de sélectionner un échantillon parmi tous les producteurs de l'Union et non pas seulement parmi ceux dont émane la plainte, alors que le règlement de base indique que la sélection doit avoir lieu parmi ces derniers ; il s'agit donc de modifier le règlement pour qu'il reflète la pratique actuellement suivie ;
- les personnes pouvant fournir des informations à la Commission aux fins de l'analyse de l'intérêt de l'Union : le règlement ne fait référence qu'aux plaignants, et non pas à tous les producteurs de l'Union, alors même que la pratique de la Commission consiste actuellement à accepter que les producteurs non plaignants lui fournissent de telles informations ; il s'agit donc de modifier le règlement afin qu'il reflète cette pratique ;
- les possibilités d'enregistrement des importations : lorsque les conditions d'ouverture d'une enquête anticontournement sont réunies, les importations seraient dans tous les cas soumises à enregistrement, et non plus seulement lorsqu'une demande en ce sens est présentée par l'industrie de l'Union et acceptée par la Commission ;
- le traitement des sociétés liées dans le cadre des enquêtes anticontournement : la Commission propose de supprimer la condition selon laquelle, pour bénéficier d'une exemption d'enregistrement des importations ou d'une exemption des droits étendus par une mesure anticontournement, les producteurs du produit concerné/les importateurs doivent démontrer qu'ils ne sont pas liés à un producteur soumis aux mesures antidumping initiales.

comportement anticoncurrentiel », « *en cas de chevauchement du produit concerné et des périodes de temps* »²¹³². La proposition de rembourser les droits perçus pendant le réexamen à l'expiration, si les mesures ne sont pas reconduites à l'issue de ce réexamen²¹³³, et celle d'encourager l'ouverture d'un réexamen intermédiaire parallèlement à celle d'un réexamen à l'expiration afin de permettre la modification du niveau des droits en cas de reconduction²¹³⁴, apparaissent elles-aussi favorables à la concurrence sur le marché intérieur, par leur aptitude à améliorer la compétitivité des produits des producteurs-exportateurs concernés. Par ailleurs, l'augmentation des délais pour se faire connaître comme partie intéressée et pour répondre au questionnaire, pour la seule partie de l'enquête concernant l'intérêt de l'Union, afin d'encourager la coopération des parties intéressées, notamment de celles susceptibles d'attirer l'attention de la Commission sur les problèmes de concurrence liées à la procédure antidumping en cause, pourrait contribuer à une meilleure prise en considération des incidences anticoncurrentielles de l'action antidumping. À l'inverse, l'exception envisagée à la règle du droit moindre, en cas d'importations en provenance de pays tiers qui créent des distorsions structurelles sur leurs marchés des matières premières, pourrait conduire à l'adoption d'un droit plus élevé et, ainsi, affecter un peu plus la concurrence sur le marché concerné. Plus généralement, les dispositions visant à renforcer l'efficacité de la défense antidumping penchent vers une aggravation de son incidence anticoncurrentielle globale.

569. Les évolutions prochaines du cadre législatif et administratif étant présentées, et leur impact sur l'objectif de réduction des incidences sur la concurrence de l'action antidumping apprécié, il convient de s'intéresser aux réductions de certaines différences entre la législation antidumping et le droit antitrust qui contribueraient à cet objectif (en diminuant les occasions de constatations d'importations effectuées en dumping et les opportunités de réactions antidumping subséquentes), en reconnaissant que les rapprochements proposés ont peu de chance d'être concrétisés dans un avenir prévisible. Les différences entre ces deux réglementations sont aussi flagrantes à

²¹³² V. Comm. eur., COM(2013) 191 final, 10 avril 2013, préc. ; ici paragraphe 2.5.3.

²¹³³ À cet égard, le Code antidumping prévoit que les droits peuvent être maintenus pendant le réexamen à l'expiration, sans l'exiger, laissant ainsi aux Membres une marge de manœuvre.

²¹³⁴ Pour pallier un défaut dans la procédure de réexamen à l'expiration qui ne permet que d'abroger les mesures ou de les reconduire inchangées, alors qu'une procédure de réexamen intermédiaire permet de les modifier.

première vue qu'après un examen approfondi, nonobstant les quelques aspects à propos desquels des rapprochements peuvent être décelés ou des parallèles tracés. D'un point de vue conceptuel, l'existence de différences n'implique pas nécessairement l'incompatibilité entre les règles concernées. D'un point de vue concret, ces différences entre les règles antidumping et antitrust ne constituent pas la principale cause des tensions entre l'antidumping et la concurrence : elle doit être principalement recherchée du côté des incidences de l'action contre le dumping sur la libre concurrence.

La plupart des différences sont légitimes, en ce sens qu'elles s'expliquent par les contextes respectifs de ces législations (protection de l'industrie de l'Union *v.* protection de la concurrence dans l'intérêt des consommateurs et afin de réaliser l'intégration du marché intérieur ; commerce extérieur *v.* commerce intracommunautaire (essentiellement) ; soumission au droit de l'OMC *v.* faible internationalisation des normes antitrust ; centralisation *v.* décentralisation). Quelques-unes de ces différences ont été réduites au gré d'évolutions institutionnelles (tel le récent accroissement des compétences d'exécution de la Commission) ou matérielles (telles que la prise en compte accrue des intérêts d'autres personnes que les producteurs européens, dans le cadre de la clause d'intérêt de l'Union). D'autres évolutions rapprochant l'antidumping du droit de la concurrence sont envisageables, tout en gardant à l'esprit que la latitude dont dispose l'Union à propos de sa législation et de sa pratique antidumping est étroite, en raison de leur sujétion au droit de l'OMC. En vue de réduire ces différences (comme d'ailleurs les incidences sur la concurrence), la législation antidumping ne peut être modifiée que par des dispositions rendant plus difficiles l'ouverture d'une procédure et/ou l'institution de mesures antidumping.

570. Dans cette perspective, plusieurs rapprochements peuvent être suggérés :

- **un cantonnement de la réaction antidumping aux seules formes anticoncurrentielles de dumping** : cette proposition, très audacieuse et aux chances de mise en œuvre sans doute nulles, consisterait à ne définir comme situations de dumping pouvant donner lieu à une mesure de défense commerciale que celles correspondant aux formes de dumping qui peuvent être considérées comme anticoncurrentielles en raison de leurs effets sur la concurrence sur le marché en cause ; il ne s'agirait pas de transposer les

conditions antitrust de renoncement à l'autonomie d'action sur le marché et de pouvoir de marché, mais de réduire les cas de dumping préjudiciable, déterminés selon les critères de la législation antidumping transposant le droit de l'OMC, aux seuls cas qui, par leurs effets, s'apparentent à une pratique anticoncurrentielle ; ainsi il conviendrait de n'accorder la protection antidumping qu'en cas d'effets d'exclusion des concurrents européens aussi efficaces que les producteurs-exportateurs ayant recours au dumping, ce qui passerait par un renforcement de la condition de préjudice important ; une autre piste, plus simple à mettre en œuvre mais reposant sur un critère plus arbitraire, consisterait à n'appréhender que les cas où la marge de dumping est substantielle (par exemple supérieure à 10%) ; lorsque la valeur normale est construite, afin de rapprocher la notion de dumping à perte de celle de prix prédateur, il conviendrait de comparer le prix à l'exportation à une valeur résultant des seuls coûts totaux moyens (CTM), en écartant ainsi de cette valeur toute marge bénéficiaire, voire à une valeur résultant des seuls coûts variables moyens (CVM) ;

- **un rapprochement entre les définitions des intérêts respectivement protégés par le droit antitrust et par la législation antidumping :** aujourd'hui, cette dernière accorde une nette priorité aux intérêts des concurrents européens, favorisant ainsi l'adoption de mesures protectrices de leurs positions sur le marché intérieur ; un poids plus important que celui actuellement reconnu pourrait être donné aux intérêts autres que ceux de l'industrie de l'Union, notamment ceux des utilisateurs et consommateurs finals des produits concernés ; idéalement, il s'agirait de conditionner la réaction antidumping à la démonstration que les importations considérées causent un préjudice non seulement à l'industrie de l'Union mais, plus largement, à la concurrence sur le marché intérieur, si ce n'est actuellement du moins à court ou moyen terme ; il apparaît en effet justifiable, à l'aune des objectifs de la politique de concurrence, d'adopter une réponse antidumping lorsqu'un défaut de réaction au dumping préjudiciable pourrait provoquer la disparition de l'industrie de l'Union et conduire à l'apparition d'une position dominante individuelle d'un producteur étranger ou à l'émergence d'une

position dominante collective d'un groupe de producteurs étrangers, ou pourrait laisser le champ libre à un cartel de producteurs de pays tiers ;

- **une recherche des causes du dumping préalablement à l'adoption de mesures antidumping** : les droits antidumping qui peuvent être institués en cas de dumping préjudiciable visent à neutraliser les effets de cette pratique tarifaire jugée déloyale, sans interdire la poursuite des importations en dumping, et sans toucher aux causes sous-jacentes présumées exister sur le marché d'exportation et supposées rendre possible cette pratique ; la défense antidumping a seulement des effets palliatifs ; si l'on peut oser une métaphore, elle fait disparaître la douleur, mais ni l'infection, ni l'environnement qui la favorise ; seuls les engagements en matière de prix mettent fin au dumping préjudiciable ; toutefois, à l'instar des droits antidumping, ils n'affectent pas les causes de la pratique tarifaire appréhendée ; par contraste, la mise en œuvre administrative des règles antitrust conduit, outre à la sanction pécuniaire du comportement anticoncurrentiel constaté, à la disparition de celui-ci par des injonctions dont l'effet immédiat est d'y mettre un terme et l'effet prospectif d'éviter que l'infraction perdure (décision de constatation et cessation)²¹³⁵, les engagements négociés permettant eux-aussi de résoudre les problèmes antitrust identifiés dans l'évaluation préliminaire²¹³⁶ ; l'objet de cette proposition serait d'exiger de la Commission, avant l'adoption d'une mesure antidumping définitive, qu'elle vérifie qu'il existe effectivement, sur le marché d'exportation, l'une des causes présumées du dumping (tel qu'un cloisonnement de ce marché par des obstacles étatiques ou des comportements privés) ; la première conséquence d'une telle vérification serait d'établir que le dumping a réellement un fondement déloyal ; une autre

²¹³⁵ L'article 7 du règlement (CE) n° 1/2003 prévoyant des injonctions de nature structurelle (de type cession d'actif) (jusqu'à présent jamais prononcées) et des injonctions comportementales (telles que l'injonction d'informer les cocontractants et le public ; de modifier les clauses contractuelles ou renégocier un contrat ; de rompre une relation commerciale ; de concéder une licence...) (v. Catherine PRIETO et David BOSCO, *Droit européen de la concurrence, Ententes et abus de position dominante*, 2013, Bruylant, Bruxelles, 1520 p. ; spéc. n° 1623-1626, p. 1254-1257).

²¹³⁶ Sans oublier l'éventuelle annulation du contrat et/ou la réparation du préjudice subi par les victimes du comportement anticoncurrentiel, mais qui ne relève pas de la mise en œuvre par la sphère publique, mais de l'application par la sphère privée (nullité et dommages et intérêts sollicités devant les juridictions nationales).

conséquence qui pourrait être attachée à un tel constat serait la soumission de toute réaction antidumping à l'accomplissement préalable de démarches auprès des autorités du pays d'exportation en vue de mettre un terme aux causes du dumping, sans toutefois exiger que les démarches engagées aboutissent effectivement, car cela rendrait la réaction antidumping beaucoup trop dépendante de la volonté d'autorités étrangères ; lorsque les causes ainsi identifiées du dumping sont des pratiques anticoncurrentielles sur le marché d'exportation, et lorsqu'il existe un accord permettant à la Commission de demander à l'autorité de concurrence du pays d'exportation de mettre en œuvre son propre droit antitrust, la présentation d'une telle demande pourrait être érigée en condition à l'adoption d'une mesure antidumping.

571. Dans la perspective d'améliorer l'incontournable coexistence entre l'action antidumping et la politique de concurrence, c'est essentiellement sur les évolutions susceptibles de diminuer les incidences concrètes de l'action antidumping sur la concurrence qu'il convient, selon nous, de se concentrer. Elles ont d'ailleurs plus de chances de voir le jour, à moyen ou long terme, que les rapprochements précédemment envisagés. Nous avons identifié deux catégories de telles incidences : d'une part, les situations et occasions de *biais protectionnistes* dans la détermination du dumping préjudiciable, résultant, pour les premières, des dispositions et pratiques qui conduisent à des déterminations artificielles ou exagérées de dumping préjudiciable et, pour les secondes, des marges d'appréciation et des options ouvertes aux institutions par la législation antidumping, qui peuvent être utilisées pour favoriser l'apparition ou l'ampleur du dumping ou du préjudice causé ; et, d'autre part, les restrictions de concurrence liées à l'action antidumping, qu'il s'agisse de celles qui découlent des mesures antidumping elles-mêmes, ou de celles collatérales à l'action antidumping. Toute réduction des situations ou occasions de biais conduit, *in fine*, à diminuer les restrictions de concurrence engendrées par les mesures antidumping, en diminuant les occasions de constatations d'importations effectuées en dumping et de réactions antidumping subséquentes, ou en réduisant l'ampleur de ces dernières, et réduit également l'incitation pour l'industrie de l'Union à provoquer l'ouverture d'une procédure antidumping, en diminuant la probabilité ou l'importance du résultat final escompté. Les biais et les restrictions sont d'ores et déjà cantonnés ou partiellement évités par un certain nombre de règles matérielles et procédurales de

la législation antidumping et par certaines pratiques administratives et solutions jurisprudentielles. Ils pourraient être davantage limités si les propositions suivantes étaient retenues. Par ces propositions, il s'agit d'envisager les adaptations de la législation et de la pratique antidumping européenne qui, sans toucher aux fondements de cette législation et sans viser spécialement les différences avec l'antitrust européen, permettraient de réduire l'impact de l'antidumping sur la concurrence.

572. En premier lieu, peuvent être présentées des évolutions, portant sur des aspects techniques, susceptibles de réduire les constatations de dumping préjudiciable ou leur ampleur :

- **un élargissement de la notion d'opérations commerciales anormales aux ventes domestiques à prix excessifs :** au stade de la détermination de la valeur normale sur la base de la méthode de principe du prix domestique, il s'agirait de qualifier d'opérations commerciales anormales les ventes à prix excessifs pratiquées, sur le marché d'exportation, par une entreprise dominante ou par les parties à une entente ; cela permettrait, si de telles ventes représentaient une proportion importante des ventes sur le marché domestique du pays tiers concerné, de les exclure du calcul de la valeur normale ; la prise en compte de ces ventes à prix élevés constitue, en effet, un facteur de surévaluation de la valeur normale ; s'en trouve augmentées les chances de constater une marge de dumping, ou accrue l'ampleur de la marge constatée ; ainsi l'exclusion de ces ventes pourrait-elle conduire à la détermination de marges nulles ou plus faibles ;
- **un durcissement des conditions pour qualifier d'opérations anormales les ventes domestiques entre parties liées, en renversant la charge de la preuve :** au lieu de présumer l'anormalité en cas de liens entre les parties à la transaction, la Commission devrait établir que ces liens affectent effectivement les prix ; **complété par une diminution du seuil de coûts en dessous duquel une opération commerciale est anormale en raison de son prix :** actuellement, le seuil est celui des coûts totaux moyens (CTM) ; il s'agirait de le réduire au niveau des coûts variables moyens (CVM) ; **ces deux modifications** permettraient de retenir des opérations dont l'anormalité,

telle qu'actuellement définie, est contestable d'un point de vue économique ; retenir pour le calcul de la valeur normale ces opérations actuellement qualifiées d'anormales réduirait les cas de recours aux méthodes alternatives de détermination de la valeur normale, en particulier celle de la valeur construite, réputée favoriser l'établissement d'une valeur élevée ;

- **une suppression de la faculté d'établir la valeur normale sur la base des prix d'autres vendeurs ou producteurs sur le marché d'exportation, tout au moins lorsque le producteur-exportateur en cause sollicite la construction de sa valeur normale :** en utilisant cette méthode, la Commission ignore la possibilité que ces autres vendeurs ou producteurs puissent être économiquement moins efficaces que les producteurs-exportateurs concernés et avoir, par conséquent, des prix intérieurs plus élevés que la valeur qui serait établie sur la base des coûts totaux de ces producteurs-exportateurs, y compris en y ajoutant une marge bénéficiaire raisonnable (application de la méthode de construction de la valeur normale) ;
- **une révision de la pratique en matière d'appréciation de la représentativité des ventes sur le marché intérieur du pays exportateur par rapport aux ventes à l'exportation vers l'Union :** l'objet de cette appréciation étant d'assurer que les prix domestiques utilisés pour établir la valeur normale du producteur-exportateur concerné sont pratiqués sur un marché d'une importance relative suffisante pour qu'ils puissent être considérés comme fiables et résultant vraiment du libre jeu de la concurrence, au lieu de mesurer la représentativité au niveau de chaque producteur-exportateur, il conviendrait de l'évaluer par rapport à l'ensemble des ventes de tous les producteurs-exportateurs du pays considéré ; une représentativité ainsi mesurée constituerait un meilleur indicateur d'une formation concurrentielle des prix ; **et l'abandon de la pratique de double représentativité (par produit, puis par types ou modèles du produit) :** en pratique, elle oblige le producteur-exportateur concerné, afin que sa valeur normale soit établie sur la base de ses prix domestiques, et non sur la base d'une autre méthode risquant de conduire à une valeur plus élevée, à vendre sur son marché domestique chaque type ou modèle du produit qu'il exporte

vers l'Union, quand bien même les préférences des utilisateurs/consommateurs seraient différentes sur son marché domestique et sur marché de l'Union ;

- **un assouplissement des conditions générales d'octroi des ajustements dans le cadre de la comparaison (qui doit être équitable) entre la valeur normale et le prix à l'exportation** : 1) en substituant à la preuve requise de l'affectation de la comparabilité des prix par la différence alléguée (impossible à établir lorsque le produit exporté n'est pas vendu sur le marché du pays exportateur), une présomption simple d'affectation de la comparabilité des prix par toute différence établie par le producteur-exportateur concerné ; et 2) en imposant à la Commission une obligation positive de comparaison équitable, impliquant qu'elle opère d'office tous les ajustements nécessaires pour que la comparaison soit effectivement équitable (que leur résultat escompté soit favorable ou défavorable à la constatation d'un dumping) ;
- **un assouplissement des conditions d'octroi de l'ajustement pour différence de stade commercial** : en supprimant la condition actuelle de constance des différences dans les fonctions et les prix des vendeurs correspondant aux différents stades commerciaux sur le marché intérieur du pays exportateur, qui gêne l'octroi d'un ajustement pour différence de stade commercial, dans la mesure où les opérateurs ne se comportent pas toujours selon un schéma constant, particulièrement en matière de biens de consommation ;
- **un renoncement à l'application de la réduction à zéro dans le cadre de la méthode asymétrique de calcul de la marge de dumping** : au stade du calcul de la marge de dumping, trois méthodes sont prévues par le Code antidumping et le règlement de base européen ; le recours à la réduction à zéro est désormais proscrit dans le cadre des deux méthodes symétriques, mais pas dans l'application de la méthode asymétrique ; interdire la réduction à zéro, ou tout au moins y renoncer, permettrait d'éviter des calculs de marge de dumping exagérément élevée, en particulier lorsque le recours à la

méthode asymétrique, pourtant soumis à conditions et en principe exceptionnel, devient fréquent ;

- **un renforcement des conditions permettant l'évaluation cumulative des effets des importations faisant l'objet d'un dumping en provenance de plusieurs pays** : il s'agirait de modifier le règlement de base afin qu'il précise que, pour procéder au cumul, une réelle similitude des conditions de concurrence, entre les produits dont les effets des importations sont cumulés, devrait exister, résultant de similitudes dans les circuits commerciaux, les tendances dans l'évolution des parts de marché et des prix, les comportements tarifaires et les conditions commerciales, et d'une perception par le marché que les conditions de concurrence sont similaires ;
- **une détermination plus stricte de l'industrie de l'Union victime des importations en dumping** : en cessant d'en exclure les filiales européennes de groupes étrangers qui n'importent pas ou n'importent plus le produit mais le fabriquent dans la Communauté ; en exigeant, pour exclure de l'industrie des producteurs européens au motif qu'ils sont liés à des producteurs-exportateurs du pays tiers en cause, une vérification de ce que ces derniers exercent réellement une influence décisive sur la politique tarifaire des premiers ;
- **une élévation des seuils de préjudice négligeable et du seuil de marge de dumping *de minimis*** : les seuils de préjudice négligeable, fondés sur les parts de marché des importations, sont aujourd'hui très faibles, et nettement plus bas que les parts de marché utilisées en matière antitrust pour considérer *de minimis* certains accords ; ils pourraient être élevés afin de les rapprocher de ces derniers, par exemple en portant les actuels seuils de 1% (importations d'un pays) et 3% (cumul des importations de plusieurs pays) à, respectivement, 5% et 10% ; quant à la marge de dumping, elle est actuellement considérée comme *de minimis* lorsqu'elle est inférieure à 2% du prix à l'exportation ; ce seuil pourrait être porté à au moins 5%, une différence de prix/valeurs plus faible semblant peu susceptible de gravement perturber les échanges ; par ailleurs, il n'est pas déraisonnable de penser que

les marges d'erreur dans le calcul de la marge de dumping puissent atteindre un si faible pourcentage (2%) de la marge de dumping ;

- **la fin du recours à la mise à zéro en matière d'échantillonnage :** actuellement, en cas de recours à l'échantillonnage, pour le calcul de la marge moyenne pondérée de dumping des parties constituant l'échantillon, qui plafonne le droit antidumping général imposé aux producteurs-exportateurs non inclus dans l'échantillon mais qui se sont fait connaître et ont participé à la procédure, sont écartées les marges nulles et *de minimis* ; cette pratique est défavorable aux producteurs-exportateurs non inclus dans l'échantillon et devrait être abandonnée.

573. En deuxième lieu, peuvent être proposées des évolutions de portée plus générale qui, tout en amenuisant les situations et occasions de biais protectionnistes dans la détermination du dumping préjudiciable (à l'instar des modifications techniques précédentes), contribueraient aussi, directement, à réduire les restrictions de concurrence liées à l'action antidumping :

- **une orientation pro-concurrentielle de l'utilisation par la Commission du large pouvoir d'appréciation des nombreuses situations économiques complexes rencontrées dans une procédure antidumping :** cette orientation pourrait être volontairement suivie, ou être requise par un considérant ajouté au règlement de base, qui soulignerait la nécessité que les procédures et mesures antidumping ne provoquent ni ne favorisent des restrictions de concurrence allant au-delà de celles qu'implique inévitablement une mise en œuvre efficace de la législation antidumping ; ce souci de l'incidence de l'antidumping sur la concurrence devrait prévaloir non seulement au moment d'envisager l'opportunité d'adopter des mesures (dans le cadre de la clause d'intérêt de l'Union), mais également dès l'ouverture d'une procédure, ainsi qu'à chacune des étapes préalables à l'adoption des mesures (notamment en effectuant, lors de la détermination de la valeur normale et du prix à l'exportation, au stade de leur ajustement et à celui de leur comparaison, dans la vérification du préjudice important et dans l'établissement de son lien de causalité avec les importations effectuées en

dumping, des choix plus favorables à la concurrence des importations qu'à la protection de l'industrie de l'Union) ;

- **une autolimitation par la Commission de son large pouvoir d'appréciation, par l'adoption de communications et lignes directrices, dans un sens favorable aux préoccupations concurrentielles** : dans cette perspective, les quatre projets de lignes directrices présentés par la Commission en avril 2013 doivent être salués, notamment celui portant sur l'intérêt de l'Union, malgré sa relative concision ; il est cependant regrettable qu'aucune communication ne semble envisagée sur des aspects pourtant essentiels d'une procédure antidumping, tels que les déterminations des produits concernés et produits similaires, de la valeur normale, du prix à l'exportation et des ajustements en vue d'une comparaison équitable ; par ailleurs, une communication sur les autres facteurs de préjudice serait souhaitable : elle permettrait à la Commission d'explicitier les situations dans lesquelles le comportement anticoncurrentiel de toute ou partie de l'industrie de l'Union serait susceptible de rompre le lien de causalité entre les importations en dumping et le préjudice important subi par cette industrie ; une telle initiative contribuerait à diffuser, en matière antidumping, une culture de concurrence auprès des personnes intervenant dans une procédure antidumping, notamment les plaignants, et, peut-être, à dissuader l'usage des plaintes (menaces, dépôts, retraits) à des fins anticoncurrentielles.

574. Enfin, en troisième lieu, peuvent être envisagées des évolutions de la législation antidumping qui visent directement à affaiblir les restrictions de concurrence engendrées par, ou collatérales à l'action antidumping :

- **une conversion de la clause d'intérêt public – critère de l'intérêt de l'Union – de condition négative en condition positive** : au lieu de vérifier qu'il n'est « *clairement [...] pas dans l'intérêt* » de l'Union d'appliquer des mesures antidumping, compte tenu de la « *nécessité d'éliminer les effets de distorsions des échanges d'un dumping préjudiciable et de restaurer une concurrence effective* »²¹³⁷, il faudrait vérifier qu'il est effectivement dans l'intérêt de l'Union d'adopter des mesures antidumping, compte tenu de la

²¹³⁷ Article 21, paragraphe 1, du règlement de base.

nécessité de ne pas restreindre excessivement la concurrence et, *inter alia*, de ne pas favoriser ou renforcer les effets d'une entente ou d'un abus de position dominante préalablement constaté ;

- **une extension de l'utilisation du critère de l'intérêt de l'Union** : il s'agirait d'appliquer le critère non plus seulement pour décider d'adopter ou non une mesure, mais également pour ajuster à la baisse la mesure envisagée, voire pour exonérer de droits certains produits pour des raisons liées à l'intérêt de l'Union ;
- **une application anticipée du critère de l'intérêt de l'Union** : en prévoyant la mise en œuvre de ce critère plus tôt dans la procédure antidumping, au stade avancé de son ouverture, alors qu'actuellement il n'intervient qu'au stade tardif de l'adoption des mesures de neutralisation du dumping ;
- **une application anticipée de la condition de lien de causalité entre les importations en dumping et le préjudice important** : de même qu'aujourd'hui une procédure antidumping ne doit pas être ouverte lorsque le préjudice est négligeable, il conviendrait de prévoir que l'ouverture d'une procédure puisse être empêchée lorsqu'il existe des éléments de preuve suffisants de l'existence d'autres facteurs de préjudice (notamment des pratiques anticoncurrentielles de l'industrie plaignante) susceptibles de rompre l'éventuel lien de causalité entre les importations en dumping et le préjudice important ;
- **un élargissement de la composition du comité antidumping (et du comité d'appel)** : afin d'assurer une meilleure prise en considération des préoccupations de concurrence qui peuvent être soulevées par une procédure et/ou une mesure antidumping, il conviendrait d'élargir la composition du comité antidumping (et du comité d'appel), dont l'article 15 du règlement de base tel que révisé en janvier 2014 prévoit l'intervention aux étapes clés d'une procédure, afin d'y ajouter des représentants des ANC ;
- **une meilleure conciliation entre le double impératif de protection de la confidentialité et de respect des droits de la défense** : en introduisant dans la législation européenne un système permettant, aux seuls avocats des parties directement affectées par la procédure antidumping, de prendre

connaissance des informations confidentielles fournies par leurs adversaires à la Commission dans le cadre de la procédure antidumping, afin de permettre à ces conseils, tenus au respect de la confidentialité de ces informations à l'égard de leurs propres clients, de vérifier leur correcte utilisation par la Commission aux fins de l'institution de mesures antidumping défavorables pour leurs clients ;

- **une ouverture aux utilisateurs et aux associations de consommateurs de la possibilité de solliciter un réexamen intermédiaire** : aujourd'hui, seuls les États membres, les exportateurs, les importateurs et les producteurs de l'Union sont autorisés à demander un tel réexamen ; ces utilisateurs et associations de consommateurs, lorsqu'ils se sont vus reconnaître la qualité de partie intéressée dans la procédure concernée, devraient pouvoir solliciter un réexamen intermédiaire, notamment lorsqu'ils observent que des producteurs européens ont adopté un comportement anticoncurrentiel (aujourd'hui ils peuvent seulement en informer la Commission qui s'est engagée, pour l'avenir, à ouvrir systématiquement un tel réexamen lorsqu'elle observera qu'un tel comportement a été adopté²¹³⁸) ;
- **une application rétroactive de l'abrogation ou de la modification des droits antidumping à l'issue d'un réexamen intermédiaire** : en cas de réexamen intermédiaire conduisant à une abrogation (ou à une réduction) des droits antidumping antérieurement institués, la suppression (ou la diminution) devrait être appliquée avec effet rétroactif au premier jour de la période d'enquête de réexamen, puisqu'au cours de cette période le droit appliqué n'était plus (ou pas entièrement) justifié ; il s'agirait de prévoir le remboursement total ou partiel des droits acquittés pendant cette période²¹³⁹.

575. L'amélioration de la coexistence entre l'action antidumping et le droit de la concurrence, par la réduction des incidences nocives de la première sur la concurrence, n'est pas l'unique défi à relever par l'Union en matière antidumping. Elle doit également faire face à l'application par des pays tiers de leur propre

²¹³⁸ COM(2013) 191 final, 10 avril 2013, paragraphe 2.5.3.

²¹³⁹ Une telle rétroactivité (sous forme de remboursement) favorable aux exportateurs, est prévue par la proposition de la Commission du 10 avril 2013 (COM(2013) 192 final, préc.) seulement en cas de réexamen à l'expiration, mais pas dans le cas d'un réexamen intermédiaire.

législation antidumping contre les importations originaires de l'Union²¹⁴⁰, particulièrement préoccupante notamment lorsque les ouvertures de procédures ne répondent pas aux normes de l'OMC, et n'auraient donc pas dû avoir lieu (par exemple lorsqu'elles constituent uniquement des actions de rétorsion contre des mesures instituées par l'Union²¹⁴¹), lorsque les enquêtes sont conduites sans la rigueur nécessaire pour les analyses, *inter alia*, du dumping, du préjudice et du lien de causalité, et lorsque les pratiques en matière de transparence sont défectueuses au point que les parties intéressées ne sont pas traitées équitablement et/ou ne peuvent pas défendre leurs intérêts de manière adéquate. Ainsi la Commission prône-t-elle « *une utilisation réfléchie et judicieuse des instruments de défense commerciale afin de promouvoir un commerce libre et équitable au niveau mondial* »²¹⁴². Or, à l'égard de l'activité antidumping des pays tiers, les moyens d'action de l'Union sont plus réduits que ses marges de manœuvre dans la définition et la mise en œuvre de sa propre législation. Les applications de ces législations aux importations européennes qui s'avèrent incompatibles avec l'encadrement multilatéral pénalisent directement l'industrie exportatrice de l'Union, en constituant un obstacle illégitime à l'accès aux marchés étrangers. Plus largement, elles affectent la concurrence sur le marché du pays tiers concerné ou sur un marché plus large, régional voire mondial, au détriment notamment des producteurs européens. Nonobstant l'ouverture du marché européen à la concurrence internationale et un marché intérieur très concurrentiel limitant « *considérablement [les] capacités ou [les] motivations [des producteurs européens] à exporter à des conditions de dumping vers des marchés tiers* »²¹⁴³, d'assez

²¹⁴⁰ V. les rapports annuels spécifiques aux activités antidumping, antisubventions et de sauvegarde des pays tiers à l'encontre de la Communauté (puis de l'Union), publiés depuis 2004, le premier concernant l'année 2003 (jusqu'alors, une section du rapport annuel sur les activités antidumping, antisubventions et de sauvegarde de la Communauté y était consacrée, son importance ayant crue au cours des années 1990) : COM(2004) 831 final, 23 décembre 2004 ; COM(2005) 594 final, 23 novembre 2005 ; COM(2006) 873 final, 9 janvier 2007 ; COM(2007) 461 final, 1^{er} août 2007 ; COM(2008) 406 final, 4 juillet 2008 ; COM(2009) 356 final, 10 juillet 2009 ; COM(2010) 334 final, 25 juin 2010 ; COM(2011) 399 final, 4 juillet 2011 ; COM(2012) 344 final, 28 juin 2012 ; COM(2013) 217 final, 22 avril 2013.

²¹⁴¹ Pratique suivie notamment par la Chine : v. Comm. eur., *Dixième rapport annuel de la Commission au Parlement européen – Synthèse des mesures de défenses commerciale des pays tiers contre l'Union européenne*, COM(2013) 217 final, 22 avril 2013 ; spéc. paragraphe 3.1.

²¹⁴² Comm. eur., *Huitième rapport annuel de la Commission au Parlement européen – Synthèse des mesures de défenses commerciale des pays tiers contre l'Union européenne*, COM(2011) 399 final, 4 juillet 2011 ; ici p. 2.

²¹⁴³ Comm. eur., *Deuxième rapport annuel de la Commission au Parlement européen sur les activités antidumping, antisubventions et de sauvegarde des pays tiers à l'encontre de la Communauté* (2004), COM(2005) 594 final, 23 novembre 2005, spéc. p. 2. La Commission s'étonne de l'augmentation du

nombreuses mesures antidumping sont appliquées par des pays tiers à des importations de produits européens²¹⁴⁴. L'activité de surveillance et de suivi des activités antidumping des pays tiers par la Commission la conduit à intervenir dans des cas individuels auprès des autorités des pays tiers pour les inciter au respect des règles de l'OMC, ainsi qu'à conseiller et assister les exportateurs européens concernés dans la défense de leurs intérêts, en profitant de l'image positive qu'elle aurait auprès de ses homologues étrangères²¹⁴⁵. En amont, des efforts sont entrepris pour informer les producteurs européens confrontés à des procédures antidumping, et des réunions et séminaires sont organisés avec les fonctionnaires de pays tiers en vue de faciliter les échanges de vues et d'informations et de diffuser les meilleures pratiques dans la conduite des procédures. Lorsque discussions et consultations s'avèrent insuffisantes ou infructueuses, la seule *arme* dont dispose l'Union est celle du recours au système de règlement des différends de l'OMC²¹⁴⁶, contre des mesures ponctuelles, mais avec parfois des effets systémiques, lorsque cela conduit ou peut conduire à une évolution des pratiques des pays tiers concernés²¹⁴⁷. Au-delà de cette gestion quotidienne de l'activité antidumping des pays tiers dirigée contre des

nombre de procédures antidumping engagées par des pays tiers à l'encontre d'exportateurs européens dans un tel contexte.

²¹⁴⁴ Entre 2002 et 2012, nonobstant des variations annuelles, en moyenne une centaine de mesures antidumping étaient applicables chaque année à des importations de produits européens dans les pays tiers. Les rapports annuels de la Commission sur les mesures de défense commerciale des pays tiers contre l'Union européenne indique le nombre de mesures de défense commerciale en vigueur, pour chaque année considérée (169 en 2002 ; 192 en 2003 ; 185 en 2004 ; 151 en 2005 ; 143 en 2006 ; 147 en 2007 ; 133 en 2008 ; 136 en 2009 ; 123 en 2010 ; 146 en 2011 et 138 en 2012) ; certains rapports précisent que les mesures antidumping représentent environ les deux tiers du total ; d'autres indiquent le nombre précis des mesures antidumping et les pourcentages établis à partir de ces données varient entre 64% et 71%.

²¹⁴⁵ Dans ses rapports annuels la Commission affirme en effet que, « *en tant qu'autorité chargée d'enquêtes, [elle] est très respectée dans le monde et [que] ses interventions sont toujours bien perçues et examinées avec soin. La principale raison à ce constat est [qu'elle] applique des normes très élevées dans ses propres enquêtes* » (Comm. eur., *Neuvième rapport annuel de la Commission au Parlement européen – Synthèse des mesures de défenses commerciale des pays tiers contre l'Union européenne*, COM(2012) 344 final, 28 juin 2012 ; ici p. 5 ; v. aussi p. 7).

²¹⁴⁶ Par hypothèse à l'encontre des seuls pays qui sont Membres de l'OMC. Mais tous les principaux utilisateurs de l'antidumping contre l'Union (Argentine, Australie, Brésil, Canada, Chine, Inde, Israël, Mexique, Russie, Afrique du Sud, Turquie, Ukraine et États-Unis) en sont désormais membres.

²¹⁴⁷ V., notamment, le vieux contentieux avec les États-Unis ayant finalement abouti à la suppression de l'utilisation de la réduction à zéro dans les situations où cela est incompatible avec le droit de l'OMC (Comm. eur., *Neuvième rapport annuel*, préc., COM(2012) 344 final, 28 juin 2012 ; spéc. p. 5), et l'affaire des droits antidumping chinois sur les importations européennes de scanners de sûreté à rayon X (v. Comm. eur., *Dixième rapport annuel de la Commission au Parlement européen – Synthèse des mesures de défenses commerciale des pays tiers contre l'Union européenne*, COM(2013) 217 final, 22 avril 2013 ; spéc. paragraphe 4.).

importations européennes, dans une perspective plus préventive et systémique, les efforts de la première puissance économique mondiale devraient porter sur la conclusion d'un nouveau Code antidumping le plus ambitieux possible. Mais quand bien même les négociations du Cycle de Doha finissaient par aboutir sur ce point²¹⁴⁸, les évolutions que pourraient connaître l'encadrement antidumping ne sauraient, dans le contexte mondial actuel, qu'être mineures. Plus prometteuse pourrait être la poursuite de la politique d'inclusion d'obligations spécifiques dans les accords bilatéraux conclus avec des pays tiers²¹⁴⁹, portant sur le bon usage de la défense antidumping (dans les limites possibles, au regard du droit de l'OMC, pour un tel traitement différencié), couplée à une mise en œuvre active de telles dispositions conventionnelles. Cette approche est particulièrement souhaitable à l'égard des premiers utilisateurs de l'instrument antidumping contre les producteurs-exportateurs européens²¹⁵⁰.

576. Si l'*entente* la plus *cordiale* possible entre l'action antidumping et la politique de concurrence de l'Union est l'objectif premier que devrait poursuivre la défense commerciale européenne dans les décennies à venir, le second but qui pourrait lui être assigné serait de promouvoir une application loyale et équilibrée des législations antidumping des pays tiers et, plus largement, d'œuvrer pour qu'une coexistence harmonieuse entre antidumping et concurrence prévale également à l'échelle mondiale. Dans un contexte d'hypothétiques progrès en matière de règles internationales, l'exemple donné par l'Union dans l'adoption et dans la mise en œuvre de sa propre législation antidumping est de nature à renforcer son influence et

²¹⁴⁸ Les négociations sur les règles (notamment antidumping), suspendues en 2011, n'ont pas encore reprises (v. OMC, Groupe de négociation sur les règles, *Rapport du président du groupe de négociation sur les règles, vendredi 14 mars 2014*, TN/RL/W/255, 25 mars 2014).

²¹⁴⁹ Telles que les clauses figurant dans certains accords avec des pays tiers indiquant qu'une priorité doit être accordée aux mesures qui apportent le moins de perturbations au fonctionnement de l'accord (v. *supra* n°441).

Et, surtout, telles que les clauses de l'accord de libre échange en vigueur depuis 2011 avec la Corée du Sud (*JOUE* L 127, 14 mai 2011, p. 6) et celles de l'accord finalisé en septembre 2013 (mais pas encore formellement approuvé par la Commission, ni accepté par le Conseil et ratifié par le Parlement européen) entre l'Union et Singapour (projet d'accord disponible en anglais à l'adresse :

http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2013/september/tradoc_151732.pdf).

Ces accords prévoient l'application par les parties, entre elles, de la règle du droit moindre et de la clause d'intérêt public, et des obligations d'information et de consultation allant au-delà de ce que prévoit le droit de l'OMC (v. en particulier les articles 3.8 à 3.14 de l'accord avec la Corée du Sud).

²¹⁵⁰ Chine, États-Unis, Inde, Brésil, Turquie (classement 2012), l'ordre de ce quinté variant selon les années.

sa crédibilité dans la recherche d'un meilleur équilibre entre loyauté et liberté dans la concurrence internationale.

BIBLIOGRAPHIE

NB : La présente bibliographie est sélective et ne sont mentionnées que les références les plus utiles au traitement du sujet.

I. OUVRAGES GÉNÉRAUX ET SPÉCIALISÉS, TRAITÉS, MANUELS ET THÈSES

BHAGWATI (Jagdish Natwarlal) et UDEC (Robert E.) (éd.), *Fair Trade and Harmonization: Prerequisites for Free Trade ?*, Volume 2, *Legal analysis*, Cambridge, MIT Press, 1996, 492 p.

BESLER (Hans-F.) et WILLIAMS (A. Neville), *Anti-Dumping and Anti-Subsidy Law : the European Community*, Londres, Sweet & Maxwell, 1986, 438 p.

BIERWAGEN (Rainer M.), *GATT Article VI and the Protectionist Bias in Anti-Dumping Laws*, Deventer-Boston, Kluwer Law and Taxation Publishers, *Studies in transnational economic laws (coll.)*, vol. 7, 1990, 402 p.

BINEN (Derk), BRINK (Gustav) et CIURIAK (Dan) (éd.), *Guide to International Anti-Dumping Practice*, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2013, 686 p.

BISHOP (Simon) et WALKER (Mike), *The Economics of EC Competition Law : Concepts, Application and Measurement*, 3^{ème} éd., Londres, Sweet & Maxwell, 2010, 793 p.

BLAISE (Jean-Bernard), *Droit des affaires, Commerçants, Concurrence, Distribution*, 7^{ème} éd., Paris, LGDJ, 2013, 560 p.

BLANCO (Luis Ortiz), *Market Power in EU Antitrust Law*, Oxford, Hart Publishing, 2012, 310 p.

BOLTUCK (Richard) et LITAN (Robert E.) (éd.), *Down in the Dumps, Administration of the Unfair Trade Laws*, Washington, The Brookings Institution, 1991, 350 p.

BOUDANT (Joël), *L'anti-dumping communautaire*, Paris, Economica, 1991, 333 p.

BOUHIER (Vincent), *La défense commerciale de la Communauté européenne, Du bien-fondé d'un instrument identitaire*, thèse (dactyl.), Nantes, 2005, 708 p.

BOURGEOIS (Jacques H. J.), BERROD (Frédérique) et GIPPINI FOURNIER (Eric) (éds.), *The Uruguay Round Results, A European Lawyers' Perspective* (College of Europe, Bruges), Bruxelles, European Interuniversity Press, 1995, 541 p.

BOUTARD LABARDE (Marie-Chantal), CANIVET (Guy), CLAUDEL (Emmanuelle), MICHEL-AMSELLEM (Valérie) et VIALENS (Jérémy), *L'application en France du droit des pratiques anticoncurrentielles*, Paris, LGDJ, 2008, 822 p.

BRUNET (François) et CANIVET (Guy) (dir.), *Le nouveau droit communautaire de la concurrence*, Paris, LGDJ, 2008, 723 p.

CARREAU (Dominique) et JUILLARD (Patrick), *Droit international économique*, 5^{ème} éd., Paris, Dalloz, 2013, 802 p.

- CENK KESKIN (Ali), *Pour un nouveau droit international de la concurrence*, Paris, L'Harmattan, 2009, 626 p.
- CSERES (Katalin Judit), *Competition Law and Consumer Protection*, La Haye, Kluwer Law International, European Monographs, 2005, 450 p.
- DALE (Richard), *Anti-dumping Law in a Liberal Trade Order*, New-York, St. Martin's Press, 1980, 237 p.
- DECOCQ (André) et DECOCQ (Georges), *Droit de la concurrence – Droit interne et droit de l'Union européenne*, 5^{ème} éd., Paris, Lextenso éditions, LGDJ, 2012, 650 p.
- DIDIER (Pierre), *Les principaux accords de l'OMC et leur transposition dans la Communauté européenne, I, Les Instruments de Politique Commerciale, Dumping, Subventions, Sauvegardes - Les marchés publics*, Bruxelles, Bruylant, 1997, 646 p.
- DIDIER (Pierre), *WTO Trade Instruments in EU Law*, Londres, Cameron May, International Trade Law (coll.), 1999, 844 p.
- DONNADILLE (Sophie), *Dumping, antidumping et concurrence*, thèse (dactyl.), Toulouse, 2003, 406 p.
- EHLERMANN (Claus-Dieter) et ATANASIU (Isabela) (éds.), *European competition law annual 2003, What is an Abuse of a Dominant Position ?*, Oxford, Hart Publishing, 2006, 671 p.
- FAULL (Jonathan) et NIKPAY (Ali) (éds.), *The EC Law of Competition*, 2^{ème} éd., New-York, Oxford University Press, 2007, 1844 p.
- FRISON-ROCHE (Marie-Anne) et PAYET (Marie-Stéphane), *Droit de la concurrence*, Paris, Dalloz, Précis, 1^{ère} éd., 2006, 451 p.
- GOLDMAN (Berthold), LYON-CAEN (Antoine) et VOGEL (Louis), *Droit commercial européen*, 5^{ème} éd., Paris, Précis, Dalloz, 1994, 835 p.
- HENNING-BODWIG (Frauke), *Unfair Competition Law, European Union and Member States*, La Haye, Kluwer Law International, International Competition Law Series, 2006, 251 p.
- HOPE (Einar), et MAELENG (Per) (éd.), *Competition and Trade Policies, Coherence or conflict ?*, Londres, Routledge, 1998, 346 p.
- HUYSSER (Edmond), *Théorie et pratique du dumping*, Neuchâtel, Éditions Ides et Calendes, 1971, 226 p.
- IDOT (Laurence), *Droit communautaire de la concurrence, Le nouveau système communautaire de mise en œuvre des articles 81 et 82 CE*, Paris-Bruxelles, FEC-Bruylant, 2004, 351 p.
- INAMA (Stefano) et VERMULST (Edwin), *Customs and Trade Laws of the European Community*, Londres, Kluwer Law International, European Business Law & Practice Series, 1999, 352 p.
- JACKSON (John H.) et VERMULST (Edwin A.) (éds.), *Antidumping Law and Practice, A comparative Study*, New-York, Harvester Wheatsheaf, 1990, 520 p.
- JACQUET (Pierre), MESSERLIN (Patrick) et TUBIANA (Laurence), *Le cycle du millénaire, rapport, Conseil d'analyse économique*, Paris, La documentation française, 1999, 145 p.

- JAVELOT (Sylvie), *La loyauté dans le commerce international*, Paris, Economica, 1998, 267 p.
- KORAH (Valentine), *An Introductory Guide to EC Competition Law and Practice*, 9^{ème} éd., Oxford, Hart Publishing, 2007 (réimpr. 2009), 530 p.
- LAWRENCE (Robert Z.) (éd.), *Brookings Trade Forum 1998*, Washington, Brookings Institution Press, 1998, 434 p.
- LESGUILLONS (Henry), *Le régime communautaire de protection contre le dumping et les subventions*, Paris, FEDUCI, 1983, 261 p.
- LIANOS (Ioannis), *La transformation du droit de la concurrence par le recours à l'analyse économique*, Athènes, Ant. N. Sakkoulas ; Bruxelles, Bruylant, 2007, 1698 p.
- LIGNEUL (Nicolas), *L'élaboration d'un droit international de la concurrence entre les entreprises*, thèse, Bruxelles, Bruylant-Éditions de l'Université de Bruxelles, 2001, 382 p.
- MADDALON (Philippe), *La notion de marché dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes*, thèse, Paris, LGDJ, Bibliothèque de droit public, Tome 253, 2007, 396 p.
- MARCEAU (Gabrielle), *Anti-Dumping and Anti-Trust Issues in Free Trade Areas*, Oxford, Clarendon, 1994, 343 p.
- MASTROPASQUA (Antonio), *Le marché commun et la défense contre le dumping, De la nécessité d'une législation antidumping communautaire*, Rome, Guido Pastena Editore, 1965, 262 p.
- MAVROIDIS (Petros C.), MESSERLIN (Patrick A.) et WAUTERS (Jasper M.), *The Law and Economics of Contingent Protection in the WTO*, Cheltenham, UK - Northampton, MA, USA, Edward Elgar, 2008, 606 p.
- MENDES (Mario Marques), *Antitrust in a World of Interrelated Economies, The interplay between Antitrust and Trade Policies in the US and the EEC*, Bruxelles, Éditions de l'Université de Bruxelles, 1991, 285 p.
- MESSERLIN (Patrick A.), *Measuring the Costs of Protection in Europe, European Commercial Policy in the 2000s*, Washington DC, Institute for International Economics, 2001, 408 p.
- MOLAS (Jean-Jacques), *Les prix prédateurs*, thèse (dactyl.), Paris X, 2001, 852 p.
- MÜLLER (Wolfgang), KHAN (Nicholas) et NEUMANN (Hans-Adolf), *EC Anti-dumping Law – A Commentary on Regulation 384/96*, Chichester, John Wiley & Sons, 1998, 662 p.
- PERICAT (Roger), *Apologie du dumping*, Paris, Éditions Génin, 1957, 105 p.
- PETIT (Nicolas), *Droit européen de la concurrence*, Paris, Montchrétien – Lextenso éditions, 2013, 684 p.
- PIGOU (Arthur Cecil), *The Economics of Welfare*, London, Macmillan & Co. Ltd, 1920, 976 p.
- PRIETO (Catherine) et BOSCO (David), *Droit européen de la concurrence – Ententes et abus de position dominante*, Bruxelles, Bruylant, 2013, 1520 p.
- PRIOLLAUD (François-Xavier) et SIRITZKY (David), *Le traité de Lisbonne, Texte et commentaire article par article des nouveaux traités européens (TUE-TFUE)*, La documentation française, Paris, 2008, 523 p.

- SERRA (Yves) (dir.), *La concurrence déloyale, Permanence et devenir*, Paris, Dalloz, 2001, 133 p.
- VAN BAEL (Ivo) et BELLIS (Jean-François), *EU Anti-Dumping and Other Trade Defence Instruments*, 5^{ème} éd., Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2011, 1368 p.
- VAN BAEL (Ivo) et BELLIS (Jean-François), *Competition Law of the European Community*, 5^{ème} éd., Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2010, 1674 p.
- VERMULST (Edwin), *EU Anti-Dumping Law and Practice*, 2^{ème} éd., Londres, Sweet & Maxwell, 2010, 753 p.
- VERMULST (Edwin), *The WTO Anti-dumping Agreement, A Commentary*, Oxford, New-York, Oxford University Press, 2005, 331 p.
- VIGNAL (Jean-Pierre), *Le régime juridique du dumping*, Grenoble, Université des sciences sociales de Grenoble, 1973, 127 p.
- VINER (Jacob), *Dumping : A Problem in International Trade*, New-York, Augustus M. Kelley Publishers, 1966 (réimpr. 1923), 381 p.
- VOGEL (Louis), *Traité de droit des affaires G. Ripert et R. Roblot*, GERMAIN (Michel) (dir.), tome 1, vol. 1, *Du droit commercial au droit économique*, 19^{ème} éd., Paris, LGDJ, 2010, 1242 p.
- VOILLEMOT (Dominique), *La réglementation CEE anti-dumping et anti-subsidations*, Paris, Joly éditions, 1993, 270 p.
- WAELEBROECK (Michel) et FRIGNANI (Aldo), *Le droit de la CE, Volume 4 - Concurrence, Commentaire J. MÉGRET*, 2^{ème} éd., Bruxelles, Éd. de l'Université de Bruxelles, 1997, 1098 p.
- WISH (Richard) et BAILEY (David), *Competition Law*, 7^{ème} éd., New-York, Oxford University Press, 2012, 1015 p.
- YILMAZ (Müslüm) (éd.), *Domestic Judicial Review of Trade Remedies, Experiences of the Most Active WTO Members*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013, 445 p.
- ZIMMER (Daniel) (éd.), *The Goals of Competition Law, The Fifth ASCOLA Workshop on Comparative Competition Law*, Cheltenham – Northampton, Edward Elgar Publishing, 2012, 512 p.

II. SÉLECTION D'ARTICLES

A. ARTICLES CONCERNANT LES RELATIONS ENTRE L'ANTIDUMPING (et plus largement la défense commerciale) ET LA CONCURRENCE

- AHAMAT (Haniff), « Addressing Competition Concerns in the Use of EC Anti-Dumping Regime », *MJIEL*, vol. 5, n° 3, 2008, p. 39-71
- APPLEBAUM (Harvey M.), « The Antidumping Laws – Impact on the Competitive Process », *Antitrust L. J.*, vol. 43, 1974, p. 590-607

- APPLEBAUM (Harvey M.), « The Interface of Trade/Competition Law and Policy: An Antitrust Perspective », *Antitrust L. J.*, vol. 56, n° 2, 1987, p. 409-416
- APPLEBAUM (Harvey M.) et GRACE (David R.), « U.S. Antitrust Law and Antidumping Actions under Title VII of the Trade Agreements Act of 1979 », *Antitrust L. J.*, vol. 56, n° 2, 1987, p. 497-518
- APPLEBAUM (Harvey M.), « The Interface of the Trade Laws and the Antitrust Laws », *Geo. Mason L. Rev.*, vol. 56, 1998, p. 479-492
- BARCELO III (John J.), « The Antidumping Law : Repeal It or Revise It », *Mich. YBI Legal Stud.*, vol. 1, 1979, p. 53-93
- BOLTUCK (Richard D.) et KAPLAN (Steth), « Conflicting Entitlements: Can Antidumping and Antitrust Regulation be Reconciled », *U. Cin. L. Rev.*, vol. 61, 1993, p. 903-917
- BOSCHECK (Ralf), « The Governance of Global Market Relations : The Case of Substituting Antitrust for Antidumping », *World Comp.*, vol. 24, n° 1, 2001, p. 41-64
- BOURGEOIS (Jacques H. J.), « Antitrust and Trade Policy, A Peaceful Coexistence? European Community perspective », *Int. Bus. Lawyer*, vol. 17, 1989, p. 58-67 (part. I) et p. 115-122 (part. II)
- CADOT (Olivier), GREYER (Jean-Marie) et DE MELO (Jaime), « Trade and Competition Policy, Where do we Stand? », *JWT*, vol. 34, n° 3, 2000, p. 1-20
- CALVANI (Terry), « Non-Price Predation: A New Antitrust Horizon », *Antitrust L. J.*, vol. 54, n° 2, 1985, p. 409-413
- CARTLAND (Michael), « Antidumping and Competition Policy », *L. & Pol'y Int'l Bus.*, 1996, p. 289-295
- CASS (Ronald A.) et BOLTUCK (Richard D.), « Antidumping and Countervailing-Duty Law: The Mirage of Equitable International Competition », *Antitrust L. J.*, vol. 56, n° 2, 1987, p. 351-414
- CLOUGH (Marc), « Conflicts between EEC Anti-dumping and Competition Law », *ECLR*, vol. 5, 1992, p. 222-225
- CONRAD (Christian A.), « Dumping and Anti-dumping Measures from a Competition and Allocation Perspective », *JWT*, vol. 36, n° 3, 2002, p. 563-575
- DAVIDOW (Joel), « Antitrust Issues Arising out of Actual or Potential Enforcement of Trade Laws », *J. Int'l Econ. L.*, vol. 2, 1999, p. 681-693
- ECKES (Alfred E.), « The Interface of Antitrust and Trade Laws – Conflict or Harmony? An ITC Commissioner's Perspective », *Antitrust L. J.*, vol. 56, n° 2, 1987, p. 417-424
- EHRENHAFT (Peter D.), « Is Interface of Antidumping and Antitrust Laws Possible? », *Geo. Wash. Int'l L. Rev.*, 2002, p. 363-400
- ELZINGA (Kenneth G.), « Antitrust Policy and Trade Policy : An Economist's Perspective », *Antitrust L. J.*, vol. 56, n° 2, 1987, p. 439-444
- EPSTEIN (Barbara), « The Illusionary Conflict between Antidumping and Antitrust », *Antitrust Bull.*, vol. 18, 1974, p. 1-22

- EPSTEIN (Julian), « The Other Side of Harmony : Can Trade and Competition Laws Work Together in the International Marketplace ? », *Am. U. I. L. Rev.*, 2002, p. 343-368
- FLORY (Thiébaud), « Commentaire de l'article 91 du traité CE », in : CONSTANTINESCO (Vlad), JACQUÉ (Jean-Paul), KOVAR (Robert) et SIMON (Denys) (dir.), *Traité instituant la CEE, Commentaire article par article*, Paris, Economica, 1992, p. 485-487
- FOX (Eleanor M.) et ORDOVER (Janusz A.), « The Harmonization of Competition and Trade Law, The Case for Modest Linkages of Law and Limits to Parochial State Action », *World Comp.*, vol. 19, n° 2, 1995, p. 5-34
- FRANÇOIS-MARTIN (Laurent) et PUEL (Frédéric), « Comment apprécier les risques concurrentiels dus aux échanges d'informations entre concurrents ? », *Concurrences*, n° 2-2011
- GARCIA (Thomas) et PELLEFIGUE (Julien), « Antidumping et politique de concurrence », *Concurrences*, n° 4-2013, p. 41-46
- GAY (Patrick), « Unveiling Protectionism: Anti-Dumping, the GATT, and Suggestions for Reform », *Dalhousie J. Legal Stud.*, vol. 6, 1997, p. 51-76
- GERO (John), « The View from North of the Border: A Canadian Perspective on Trade and Competition Views in North America », *U.S.-Mex. L. J.*, vol. 4, 1996, p. 55-59
- HARTIGAN (James C.), « Collusive Aspects of Cost Revelation Through Antidumping Complaints », *JITE*, 151/3, 1995, p. 478-489
- HOEKMAN (Bernard M.) et MAVROIDIS (Petros C.), « Dumping, Antidumping and Antitrust », *JWT*, vol. 30, n° 1, 1996, p. 27-53
- HOLDEN (Merle), « Antidumping: A Reaction to Trade Liberalisation or Anti-Competitive? », *SAJE*, vol. 70, n° 5, 2002, p. 912-931
- HOLMER (Alan F.), « The Interface of Trade/Competition Law and Policy: Trade Negotiation and Policy Considerations », *Antitrust L. J.*, vol. 56, n° 2, 1987, p. 433-437
- HORLICK (Gary N.), « The Legal Perspective: Anti-Dumping Remedies and Competition Regimes, Similarities and Differences », *Can.-U.S. L. J.*, vol. 17, 1991, p. 63
- HOWELL (Thomas R.), « Cartels and Dumping: A Response », *Antitrust L. J.*, vol. 68, n° 2, 2000, p. 297-305
- KENT (Christopher), « The Unsettled Business: Should Antidumping Laws be Replaced by Competition (Antitrust) Law under Free Trade », *Alta. L. Rev.*, vol. 32, 1994, p. 722-740
- KULMS (Rainer), « Competition, Trade Policy and Competition Policy in the EEC: the Example of Antidumping », *CMLR.*, 1990, vol. 27, p. 285-313
- MARTIN (Stephen), « Trade and Competition: An Industrial Economist's Perspective », *The World Economy*, vol. 22, n° 6, 1999, p. 895-907
- MESSERLIN (Patrick A.), « The E.C. Antidumping Regulations: A First Economic Appraisal, 1980-1985 », *Weltwirtschaftliches Archiv*, vol. 125, n° 3, 1989, p. 563-587

- MESSERLIN (Patrick A.), « Anti-Dumping Regulations or Pro-Cartel Law? The EC Chemical Cases », *The World Economy*, vol. 13, n° 4, 1990, p. 465-492
- MESSERLIN (Patrick A.), « Should Antidumping Rules be Replaced by National or International Competition Rules », *World Competition*, vol. 18, n° 3, 1995, p. 37-54
- MESSERLIN (Patrick A.), « The Question of Contingent Protection », *The World Economy*, vol. 22, n° 9, 1999, p. 1251-1270
- MIRANDA (Jorge), « Should Antidumping Laws be Dumped? », *L. & Pol'y Int'l Bus.*, vol. 28, n° 1, 1996, p. 255-288
- MORGAN (Clarisse), « Competition Policy and Anti-Dumping, Is it Time for a Reality Check ? », *JWT*, vol. 30, n° 5, 1996, p. 61-88
- MORRIS (John R.), « International Trade and Antitrust: Comments », *U. Cin. L. Rev.*, vol. 61, 1992-1993, p. 945-953
- NIELS (Gunnar) and TEN KATE (Adriaan), « Trusting Antitrust to Dump Antidumping, Abolishing Antidumping in Free Trade Agreements Without Replacing it with Competition Law », *JWT*, vol. 31, n° 6, 1997, p. 29-43
- ONG (John D.), « The Interface of Trade/Competition Law and Policy: a Businessman's Perspective », *Antitrust L. J.*, vol. 56, n° 2, 1987, p. 425-432
- PALMETER (David), « A Commentary on the WTO Anti-Dumping Code », *JWT*, vol. 30, 1996, p. 43-69
- PANAGARIYA (Arvind) and GUPTA (Poonam), « Antidumping Duty versus Price Negotiations », *The World Economy*, vol. 21, n° 8, 1998, p. 1003-1019
- PAUGH (Jon), « Antitrust Principles and U.S. Trade Laws: A Review of Current Areas of Conflict », *Law & Pol'y Int'l Bus.*, vol. 12, 1980, p. 545-610
- PETERSMANN (Ernst-Ulrich), « International Competition Rules for Governments and for Private Business, The Case for Linking Future WTO Negotiations on Investment, Competition and Environmental Rules to Reforms of Anti-Dumping Laws », *JWT*, vol. 30, n° 3, 1996, p. 5-35
- PIERCE (Richard J. Jr.), « Antidumping law as a means of facilitating cartelization », *Antitrust L. J.*, vol. 67, n° 3, 2000, p. 725-743
- PRUSA (Thomas J.), « Cumulation and Anti-dumping: A Challenge to Competition », *The World Economy*, vol. 21, n° 8, 1998, p. 1021-1033
- ROGERS (Robert P.), « The Illusionary Conflict between Antidumping and Antitrust: A Comment », *Antitrust Bull.*, vol. 19, 1974, p. 369-375
- ROSENTHAL (Douglas), « The Legal Perspective: Anti-Dumping Remedies and Competition Regimes, Similarities and Differences », *Can.-U.S. L. J.*, vol. 17, 1991, p. 167
- RUTKOWSKI (Aleksander), « Withdrawals of Anti-dumping Complaints in the EU: A Sign of Collusion », *The World Economy*, 2007, p. 470-503
- SHROEDER (Dirk), « Anti-trust Law Implications of EEC Anti-dumping Proceedings », *Rebels Zeitschrift*, vol. 55, n° 3, 1991, p. 540-550

- SIMS (Joe) et SCOTT (Edith E.), « Antitrust Consequences to Private Parties of Participation in and Settlement of Selected Trade Actions », *Antitrust L. J.*, vol. 56, n° 2, 1987, p. 561-599
- TEMPLE LANG (John), « Reconciling European Community Antitrust and Antidumping, Transport and Trade Safeguard Policies – Practical Problems », *in* : HAWK (Barry) (éd.), *Annu. proc. Fordham Corp. Law Inst. (1988)*, (éd. 1989), chapitre 7
- TEMPLE LANG (John) et O'DONOGHUE (Robert), « Defining Legitimate Competition : How to Clarify Pricing Abuses under Article 82 EC », *Fordham Int'l L. J.*, vol. 26, 2002, p. 83-162
- STEGEMANN (Klaus), « Anti-Dumping Policy and the Consumer », *JWT*, vol. 19, 1985, p. 466-484
- STEGEMANN (Klaus), « EC Anti-dumping Policy: Are Price Undertakings a Legal Substitute for Illegal Price Fixing ? », *Weltwirtschaftliches Archiv.-Review of World Economics*, 1990, vol. 2, p. 268-298
- STEWART (Terence P.) et BRIGHTBILL (Timothy C.), « Some 'Heretical' Observations on the Interaction of U.S. Trade and Competition Laws : a Defense of U.S. Antidumping and Countervailing Duties », *U.S.-Mex. L. J.*, vol. 4, 1996, p. 35
- SYKES (Allan O.), « Antidumping and Antitrust: What Problems Does Each Address », *in* : LAWRENCE (Robert Z.) (éd.), *Brookings Trade Forum 1998*, Washington, Brookings Institution Press, 1998, p. 1-53
- THARAKAN (P.K.M.), VERMULST (Edwin) et THARAKAN (Joe), « Interface Between Anti-dumping Policy and Competition Policy: A Case Study », *The World Economy*, vol. 21, n° 8, 1998, p. 1035-1060
- THARAKAN (P.K.M.), « Is Anti-Dumping Here to Stay », *The World Economy*, vol. 22, n° 2, 1999, p. 179-206
- TREBILCOCK (Michael J.), « Competition Policy and Trade Policy, Mediating the Interface », *JWT*, vol. 30, n° 4, 1996, p. 71-106
- VANDOREN (Paul), « The interface between anti-dumping and competition law and policy in the European Community », *LIEI*, 1986/2, p. 1-16
- VANDOREN (Paul), « Recent Developments in the Area of the Interface Between Anti-dumping and Competition in the EEC », *LIEI*, 1993/1, p. 21-60
- VAN MARION (Marcel), « Dumping, Competition, and Profit in the EC Electronics Market », *Global Trade & Cust. J.*, vol. 4, 2009, p. 239-256
- VICTOR (A. Paul), « Antidumping and Antitrust: Can the Inconsistencies be Resolved », *N.Y.U. J. Int'l L. & Pol.*, vol. 15, n° 2, 1983, p. 339-350
- VICTOR (A. Paul), « The Interface of Trade/Competition Law and Policy: An Overview », *Antitrust L. J.*, vol. 56, n° 2, 1987, p. 399-408
- WILLIG (Robert D.), « Anti-Dumping Policy: Protecting of Suppliers and Protecting of Competition », *mimeo*, Princeton University, 1992, 46 p.
- WILLIG (Robert D.), « Economic Effects of Antidumping Policy », *in* : LAWRENCE (Robert Z.) (éd.), *Brookings Trade Forum 1998*, Washington, Brookings Institution Press, 1998, p. 57-79

WOOTON (Ian) et ZANARDI (Maurizio), « Trade and Competition Policy : Anti-Dumping versus Anti-Trust », Discussion Paper in Economics number 02-06, octobre 2002, University of Glasgow, 33 p.

ZANARDI (Maurizio), « Antidumping law as a collusive device », *The Canadian Journal of Economics / Revue canadienne d'économie*, vol. 37, n° 1, 2004, p. 95-122

B. ARTICLES CONCERNANT L'ANTIDUMPING (et la défense commerciale plus largement)

AVOT (Dominique) et De PAUW (Marc), « Antidumping », in : BARAV (Ami) et PHILIP (Christian) (dir.), *Dictionnaire juridique des Communautés européennes*, Paris, PUF, 1993, p. 82-103

BARBET (Philippe), « Du dumping comme pratique loyale et de l'anti-dumping comme barrière aux échanges », *Problèmes économiques*, n° 2.456, 1996, p. 14-22 et *Revue française d'économie*, vol. X, 2, printemps 1995, p. 3-33

BELLIS (Jean-François), « The EEC Antidumping System », in : JACKSON (John H.) et VERMULST (Edwin A.) (éds.), *Antidumping Law and Practice, A comparative Study*, New-York, Harvester Wheatsheaf, 1990, 520 p., p. 41-97

BELLIS (Jean-François), « An enhanced role for the DG Trade Hearing Officer as a counterweight to the broad discretionary power of the Commission staff in EU Trade defense proceedings », mimeo, 2010

(<http://apps.americanbar.org/intlaw/spring2010/materials/Trade%20Authorities%20Political%20Discr/union/DG%20TRADE%20HEARING%20OFFICER.pdf>)

BHALA (Raj), « Rethinking Antidumping Law », *Geo. Wash. J. Int'l L. & Econ.*, 1995, vol. 29, p. 1-144

BOLTON (Reid M.), « Anti-Dumping and Distrust: Reducing Anti-Dumping Duties under the W.T.O. Through Heightened Scrutiny », *Berkeley J. Int'l L.*, vol. 29, 2011, p. 66-146

BOURINET (Jacques), « La politique commerciale commune de l'Union européenne et la mondialisation, La recherche d'une libéralisation maîtrisée des échanges internationaux », *RMCUE*, 2005, n° 484, p. 19

BROUDE (Tomer), « An Anti-dumping "To Be or Not To Be" in Five Acts: A New Agenda for Research and Reform », *JWT*, vol. 37, n° 2, 2003, p. 305-328

CASS (Ronald A.) et BOLTUCK (Richard D.), « Antidumping and Countervailing-Duty Law : The Mirage of Equitable International Competition », in : BHAGWATI (Jagdish Natwarlal) et UDEC (Robert E.) (éd.), *Fair Trade and Harmonization: Prerequisites for Free Trade ?*, Volume 2, *Legal analysis*, Cambridge, MIT Press, 1996, p. 351-414

COLLIARD (Claude A.), « Les pratiques de dumping », in : Walter Jean GANSHOF VAN DER MEERSCH (dir.), *Les Nouvelles, Droit des Communautés européennes*, Bruxelles, Larcier, 1969, p. 861-862

CUTLER (John), « The Antidumping Act: Comments for Business », *Mich. YBI Legal Stud.*, vol. 1, 1979, p. 115-123

DAVIS (Lucy), « Ten Years of Anti-Dumping in the EU : Economic and Political Targeting », *Global Trade & Cust. J.*, vol. 4, 2009, p. 213-232

- DENTON (Ross), « (Why) Should Nations Utilize Antidumping Measures? », *Mich. J. Int'l L.*, vol. 11, 1989, p. 224-272
- DEPAYRE (Gérard), « Anti-dumping Rules : For a Predictable, Transparent and Coherent Application », *Global Trade & Cust. J.*, vol. 3, 2008, p. 123-139
- DIDIER (Pierre), « Le Code anti-dumping du cycle de l'Uruguay : impact dans la Communauté », *CDE*, 1994, p. 251-326
- DIDIER (Pierre), « The WTO Anti-Dumping Code and EC Practice, Issues for Review in Trade Negotiations », *JWT*, vol. 35, n° 1, 2001, p. 33-54
- EVANS (Andrew), « Application of EC Anti-Dumping Rules to Third Countries in Europe », *World Comp.*, vol. 13, n° 4, 1990, p. 5-18
- FULLERTON (Daniel), « Petitioning for Cash: How Domestic Industries Exploit Antidumping Procedures and Antitrust Exceptions to Force their Foreign Competitors into Lucrative Settlement Agreements », *Am. U. Bus. L. Rev.*, vol. 2, n° 2, 2012, p. 353-388
- GAMBARDELLA (Maurizio), « 'Shooting in The Dark' in the EC Anti-dumping and Anti-subsidies Investigations », *Global Trade & Cust. J.*, vol. 3, 2008, p. 363-370
- HEMMENDINGER (Noel), « The Antidumping Act : Proposals for Change », *Mich. YBI Legal Stud.*, vol. 1, 1979, p. 124-136
- HENRIQUET (Maurice), « *La définition du dumping, les tendances législatives actuelles, l'opportunité et les écueils des mesures anti-dumping* », Paris, Chambre de commerce internationale (CCI), doc. 2590, 27 mars 1927
- HISCOCKS (Richard I.), « International Price Discrimination: The Discovery of the Predatory Dumping Act of 1916 », *Int'l L.*, vol. 11, 1977, p. 227-247
- HOEKMAN (Bernard) et WAUTERS (Jasper), « US Compliance with WTO Rulings on Zeroing in Anti-Dumping », *WTR*, vol. 10, n° 1, 2011, p. 5-43
- HORLICK (Gary N.), « The United States Antidumping System », in : JACKSON (John H.) et VERMULST (Edwin A.) (éds.), *Antidumping Law and Practice, A comparative Study*, New-York, Harvester Wheatsheaf, 1990, p. 99-166
- HORLICK (Gary N.), « How the GATT Became Protectionist, An Analysis of the Uruguay Round Draft Final Antidumping Code », *JWT*, vol. 27, n° 5, 1993, p. 5-17
- ISAKSON (Henrik), « When Anti-dumping Meets Globalization : How Anti-dumping Can Damage the Supply Chains of Globalized European Companies, Five Case Studies from the Shoe Industry », *Global Trade & Cust. J.*, vol. 3, 2008, p. 109-119
- JAUME (René), « Une disposition originale contre le dumping : L'Article 91 § 2 du Traité de Rome », *DS* 1961, p. 449-454
- JOLIET (René), « Monopolisation et abus de position dominante – Essai comparatif sur l'article 2 du Sherman Act et l'article 86 du Traité de Rome », *Rev. Europ.*, 1969, vol. 42, p. 645-696
- KERR (William A.) et LOPPACHER (Laura J.), « Anti-dumping in the Doha Negotiations: Fairy Tales at the World Trade Organization », *JWT*, vol. 38, n° 2, 2004, p. 211-244

- KIM (John Bum), « Fair Price Comparison in the WTO Anti-dumping Agreement, Recent WTO Panel Decisions against the “Zeroing” Method », *JWT*, vol. 36, n° 1, 2002, p. 39-56
- KOULEN (Mark), « The New Anti-Dumping Code through its Negotiating History », in : BOURGEOIS (Jacques H. J.), BERROD (Frédérique) et GIPPINI FOURNIER (Eric) (éds.), *The Uruguay Round Results, A European Lawyers' Perspective* (College of Europe, Bruges), Bruxelles, European Interuniversity Press, 1995, p. 151-232
- LOPEZ (Daniel M.), « The Continued Dumping and Subsidy Offset Act of 2000 : “Relief” for the U.S. Steel Industry ; Trouble for the United States in the WTO », *University of Pennsylvania Journal of International Economic Law*, vol. 23, 2002, p. 415-455
- MACRORY (Patrick F. J.), « Cost of Production as the Sole Measure of Dumping », in : JACKSON (John H.) et VERMULST (Edwin A.) (éds.), *Antidumping Law and Practice, A comparative Study*, New-York, Harvester Wheatsheaf, 1990, p. 384-388
- MAJUMDAR (Adrian), « Whither Dominance ? », *ECLR*, 2006, p. 161-165
- MARENCO (Giuliano), « La notion de restriction de concurrence dans le cadre de l’interdiction des ententes », in : *Mélanges en hommage à Michel Waelbroeck*, Vol. II, Bruylant, Bruxelles, 1999, p. 1217-1245
- MARKS (Matthew J.), « United States Antidumping Laws – A Government Overview », *Antitrust L. J.*, vol. 43, 1974, p. 580-589
- MIRANDA (Jorge), TORRES (Raül A.) et RUIZ (Mario), « The International Use of Antidumping : 1987-1997 », *JWT*, vol. 32, n° 5, 1998, p. 5-71
- MÜLLER (Wolfgang), « Dumping en droit communautaire », *Jurisclasseur Europe*, fasc. 2310, 2001
- NEWMAN (Stuart), « The EU’s Anti-Dumping System : Is Reform Still Needed and Can It Be Implemented ? », *Global Trade & Cust. J.*, vol. 4, p. 325-334
- ORDOVER (Janusz A.), SYKES (Alan O.) et WILLIG (Robert D.), « Unfair International Trade Practices », *N.Y.U. J. Int’l L. & Pol.*, vol. 15, 1983, p. 323
- PIRELLI (A.) et DI NOLA (A.), « Mémoire sur l’unification internationale des lois contre le dumping », distribué aux membres de la Commission économique de la SDN, E.F.S. 350-B 89, Genève, 31 août 1922
- SHEPPARD (Hale E.), « The Continued Dumping and Subsidy Offset Act (Byrd Amendment) : a Defeat before the WTO may constitute an overall victory for U.S. Trade », *Tul. J. Int’l & Comp. L.*, 2002, p. 121-160
- SILBERSTON (Aubrey), « Anti-dumping Rules – Time for Change? », *JWT*, vol. 37, n° 6, 2003, p. 1063-1081
- VAN BAEL (Ivo), « The 1994 Anti-Dumping Code and the New EC Anti-Dumping Regulation », in : BOURGEOIS (Jacques H. J.), BERROD (Frédérique) et GIPPINI FOURNIER (Eric) (éds.), *The Uruguay Round Results, A European Lawyers' Perspective* (College of Europe, Bruges), Bruxelles, European Interuniversity Press, 1995, p. 233-246
- VANDOREN (Paul), « Mise en œuvre de la politique anti-dumping de la CEE contre les importations en provenance des pays à commerce d’Etat », *RMC*, 1988, p. 198-214

VERMULST (Edwin A.), « The Anti-Dumping Systems of Australia, Canada, the EEC and the United States of America: Have Anti-Dumping Laws Become a Problem in International Trade », *Mich. J. Int'l L.*, vol. 10, 1989, p. 765-806

VERMULST (Edwin) et GRAAFSMA (Folkert), « EC Dumping and Injury Margin Calculation Methods : Ten Major Problems », *Global Trade & Cust. J.*, vol. 2, 2007, p. 27-33

VERMULST (Edwin) et SUD (Juhi), « The European Union: an imperfect and time-consuming system », in : YILMAZ (Müslüm) (éd.), *Domestic Judicial Review of Trade Remedies, Experiences of the Most Active WTO Members*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013, p. 173-196

ZHENZ (Wentong), « Reforming Trade Remedies », *Mich. J. Int'l L.*, vol. 34, 2012, p. 151-207

C. ARTICLES CONCERNANT L'ANTITRUST (et, plus généralement, le droit de la concurrence)

ABDELGAWAD (Walid), « Jalons de l'internationalisation du droit de la concurrence : vers l'éclosion d'un ordre juridique mondial de la *Lex economica* », *RIDE*, 2001, p. 161-196

ABDELGAWAD (Walid), « Les règles de concurrence dans les accords de l'OMC : le déséquilibre d'un système de libre-échange sans police des marchés », in : ABDELGAWAD (Walid) (dir.), *Mondialisation et droit de la concurrence, Les réactions normatives des États face à la mondialisation des pratiques anticoncurrentielles et des opérations de concentrations : actes du colloque des 14 et 15 juin 2007 à Dijon*, Paris, Litec/LexisNexis, coll. Travaux du CREDIMI, vol. 30, 2008, p. 237-267

AMATO (Filippo), « The 1997 Commission Notice on market definition : Its time has come ? », *Concurrences*, n° 2-2012, p. 9-11

ARHEL (Arhel), « La tentative d'élaboration d'un accord multilatéral ou plurilatéral : les leçons tirées des travaux du groupe de travail de l'OMC en matière de concurrence », in : ABDELGAWAD (Walid) (dir.), *Mondialisation et droit de la concurrence, Les réactions normatives des États face à la mondialisation des pratiques anticoncurrentielles et des opérations de concentrations : actes du colloque des 14 et 15 juin 2007 à Dijon*, Paris, Litec/LexisNexis, coll. Travaux du CREDIMI, vol. 30, 2008, p. 269-278

BELLIS (Jean-François), « International Trade and the Competition Law of the European Economic Community », *CMLR*, vol. 16, n° 4, 1979, p. 647-683

BELLIS (Jean-François), « Les critères de la distorsion de concurrence et de l'effet sur le commerce interétatique », in : DONY (Marianne) et SMITS (Catherine) (éd.), *Aides d'Etat*, Bruxelles, Edition de l'Université de Bruxelles, 2005, 234 p., p. 97-106

BHATTACHARJEA (Aditya), « Export Cartels – A Developing Country Perspective », *JWT*, vol. 38, n° 2, 2004, p. 331-359

BHATTACHARJEA (Aditya), « A Response to John Magnus on Joint Export Trade », *JWT*, vol. 39, n° 1, 2005, p. 185-186

BIENAYMÉ (Alain), « La problématique du Sujet », in : « Ateliers de réflexion sur la concurrence – 19 octobre 1995 – L'intérêt du consommateur dans l'application du droit de la concurrence », *Rev. conc. consom.*, n° 90, 1996, n° 90, p. 9-30

- BLAISE (Jean-Bernard) et IDOT (Laurence), « Concurrence, Mise en œuvre des articles 81 et 82 CE (1^{er} avril 2003 – 30 septembre 2004) », *chron.*, *RTD eur.*, 2005, p. 132-223
- BOURGEOIS (Hendrick), « The Chilling effects of Article 82 », *Fordham Corp. L. Inst.*, 2009, p. 349-384
- CALVET (Hugues), « Abus de position dominante : plaider pour le bien-être du consommateur », *RLC*, 2005/4, p. 131-138
- CEREXHE (Etienne), « L'interprétation de l'article 86 du Traité de Rome et les premières décisions de la Commission », *CDE*, 1972, p. 272-298
- CHARPIN (Ariane) et DE MUIZON (Gildas), « Délimiter les marchés pertinents ? Autant gratter une jambe de bois jusqu'à ce qu'elle saigne », *Concurrences*, n° 2-2012, p. 12-16
- CHONÉ (Anne-Sophie), « Premiers regards sur les orientations de la Commission par l'application de l'article 82 CE aux pratiques d'éviction », *Europe*, 3/2009, p. 4-7
- EDLIN (Aaron), « Stopping Above-Cost Predatory Pricing », *Yale L. J.*, vol. 111, 2002, p. 941-991
- EHLERMANN (Claus-Dieter), « Le projet de Lignes Directrices sur l'application de l'article 82 CE », *Concurrences*, n° 2-2006, p. 1-2
- ELHAUGE (Einer), « Why Above-Cost Price Cuts To Drive Out Entrants Are Not Predatory – and the Implications for Defining Costs and Market Power », *Yale L. J.*, vol. 112, 2003, p. 681-812 (2003)
- FALLON (Marc), « Conclusion. La loyauté, poids d'une balance de justice en droit de l'Union européenne », *RAE-LEA*, 2011/2, p. 355-363
- FINGLETON (John) et NIKPAY (Ali), « Stimulating or Chilling competition », *Fordham Corp. L. Inst.*, 2009, p. 385-417
- FINGLETON (John), « The International Competition Network : Planning for the Second Decade », 9th Annual Conference in Istanbul, Turquie, 27-29 avril 2010
(<http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc617.pdf>)
- FLOCHEL (Laurent), « Les coûts de court terme – Application aux tests de prix prédateurs », *Concurrences*, n° 1-2010
- FOX (Eleanor M.), « What is harm to competition? Exclusionary practices and anticompetitive effect », *Antitrust L. J.*, vol. 70, 2002, p. 371-411
- FOX (Eleanor M.), « We Protect Competition, You Protect Competitors », *World Comp.*, vol. 26, n° 2, 2003, p. 149-165
- GERADIN (Damien) et PETIT (Nicolas), « Price Discrimination under EC Competition Law : The Need for a case-by-case Approach », GCLC Working Paper 07/05, janvier 2005, 47 p.
- GERADIN (Damien) et PETIT (Nicolas), « Price Discrimination under EC Competition Law : Another Antitrust Doctrine in Search of Limiting Principles ? », *J. Comp. L. & Econ.*, vol. 2, n° 3, 2006, p. 487-531
- GYSELEN (Luc), « Rebates : Competition on the Merits or Exclusionary Practice ? », in : EHLERMANN (Claus-Dieter) et ATANASIU (Isabela) (éds.), *European competition law annual 2003, What is an Abuse of a Dominant Position ?*, Oxford, Hart Publishing, 2006, p. 287-324

- HALL (Robert E.), « Potential Competition, Limit Pricing, and Price Elevation from Exclusionary Conduct », in : *Issues in Competition Law and Policy*, vol. 1, ABA Section of Antitrust Law, 2008, 2450 p., chapitre 18, p. 433-448
- HAWK (Barry E.), « À propos de la “concurrence par les mérites” : regards croisés sur l’article 82 CE et la section 2 du Sherman Act », *Concurrences*, n° 3-2005, p. 33-41
- HEINEMANN (Andreas), « La nécessité d’un droit mondial de la concurrence », *RIDE*, 2004, p. 293-324
- IDOT (Laurence), « La notion d’entreprise en droit de la concurrence, révélateur de l’ordre concurrentiel », *Concurrences*, n° 2-2006, p. 1-12
- IDOT (Laurence), « Commerce parallèle des médicaments et abus de position dominante », *Europe*, 11/2008, p. 39-40
- IDOT (Laurence), « Rapport conclusif », in : ABDELGAWAD (Walid) (dir.), *Mondialisation et droit de la concurrence, Les réactions normatives des États face à la mondialisation des pratiques anticoncurrentielles et des opérations de concentrations : actes du colloque des 14 et 15 juin 2007 à Dijon*, Paris, Litec/LexisNexis, coll. Travaux du CREDIMI, vol. 30, 2008, p. 505-526
- IDOT (Laurence), « Adoption par la Commission d’un premier texte à portée générale sur l’interprétation de l’article 82 CE » (chronique « Droit de la concurrence »), *RDC*, 2009/2, p. 555-561
- IDOT (Laurence), « Le retour de l’objet anticoncurrentiel », *Concurrences*, n° 4-2009, p. 1-2
- KLEINER (Thibaut) et ALEXIS (Alain), « Politique des aides d’État : Une analyse économique plus fine au service de l’intérêt commun », *Concurrences*, n° 4-2005, p. 45-52
- KOVAR (Robert), « Droit de la concurrence déloyale et droit communautaire de la concurrence », in : SERRA (Yves) (dir.), *La concurrence déloyale, Permanence et devenir*, Paris, Dalloz, 2001, p. 109-122
- KROES (Neelie), « La libre concurrence n’est pas une fin en soi... », *Concurrences*, n° 3-2006, p. 1-2
- LEGAL (Hubert), « Quelle place pour l’analyse économique des aides d’État ?(2) », in : « Colloque Concurrences, 8 décembre 2005, Paris », *Concurrences*, n° 1-2006, p. 69-73
- LOOZEN (Edith), « The application of a more economic approach to restrictions by object : No revolution after all (T-Mobile Netherlands (C-8/08)) », *ECLR*, 2010, p. 146-150
- MAGNUS (John R.), « Joint Export Trade Provisions in Antitrust Laws : A supporter’s Perspective », *JWT*, vol. 39, n° 1, 2005, p. 181-184
- MARTIN (Stanislas) et STRASSE (Christophe), « La politique communautaire des aides d’État est-elle une politique de concurrence ? », *Concurrences*, n° 3-2005, p. 52-59
- MERTIKOPOULOU (Victoria), « DG Competition’s Discussion Paper on the Application of Article 82 EC to Exclusionary Abuses: the Proposed Economic Reform from a Legal Point of View », *ECLR*, 2007, p. 241-251
- MONTET (Christian), « Appliquer l’article 82 CE aux évictions abusives : la Commission donne ses orientations », *RLC*, 2009/19, p. 118-120
- PERROT (Anne), « La position dominante collective », *Concurrences*, n° 3-2011

- PETERSMANN (Ernst-Ulrich), « International Competition Rules for Governments and Private Business, The Case for Linking Future WTO Negotiations on Investment, Competition and Environmental Rules to Reforms of Anti-Dumping Laws », *JWT*, vol. 30, n° 3, 1996, p. 5-35
- PICOD (Fabrice), « Le statut du droit de la concurrence dans le marché intérieur en vertu des nouveaux traités », in : *De Rome à Lisbonne : les juridictions de l'Union européenne à la croisée des chemins : Mélanges en l'honneur de Paolo Mengozzi*, Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 407-422
- PICOD (Yves), « Affinités ou divergences ? L'approche juridique », in : « Concurrence déloyales et pratiques anticoncurrentielles », Cycle de conférences de la Cour de cassation – 13 septembre 2007, *RLC*, 2008/15, p. 168-175
- RABASSA (Valérie), « Quelle place pour l'analyse économique des aides d'État ?(1) », in : Colloque Concurrences, 8 décembre 2005, Paris, *Concurrences*, n° 1-2006, p. 65-68
- REY (Patrick), « Affinités ou divergences ? L'approche économique », in : « Concurrence déloyales et pratiques anticoncurrentielles », Cycle de conférences de la Cour de cassation – 13 septembre 2007, *RLC*, 2008/15, p. 175-179
- RIDYARD (Derek), « The European Commission's Article 82 Guidelines: Some Reflections on the Economic Issues », *ECLR*, 2009, p. 230-236
- RIEM (Fabrice), « Concurrence effective ou concurrence efficace ? L'ordre concurrentiel en trompe-l'œil », *RIDE*, 2008, p. 67-91
- ROSATI (Francesco), « The EU Commission's Guidance on exclusionary abuses : A step forward or a missed opportunity ? », *Concurrences*, n° 2-2009, p. 9-13
- SCHAUB (Alexander), « La politique européenne de concurrence : objectifs et règles », *LPA*, 5 nov. 2001, n° 220, p. 11-20
- SHER (B.), « Price Discounts and Michelin 2 : What Goes Around, Comes Around », *ECLR*, 2002, p. 482
- SIBONY (Anne-Lise), « Article 82 CE – Lignes directrices – La commission européenne publie un guide de mise en œuvre de l'article 82 CE intégrant l'analyse économique à la qualification d'abus de position dominante », *Concurrences*, n° 1-2009, p. 118-121
- ŠILHÁN (Josef), « The Concept of Relevant market : Some Critical Remarks », *ECLR*, 2012, vol. 33, n° 12, p. 589-597
- SIRAGUSA (Mario), « The Application of Article 86 to the Pricing Policy of Dominant Companies: Discriminatory and Unfair Prices », *CMLR.*, vol. 16, 1979, p. 179-194
- RIDYARD (Derek), « Exclusionary Pricing and Price Discrimination Abuses under Article 82 – An Economic Analysis », *ECLR*, 2002, p. 286-303
- VANDENCASTEELE (Alexandre), « La part de marché est-elle la clé de voûte du droit européen de la concurrence », in : *Mélanges en hommage à Michel Waelbroeck*, vol. II, Bruylant, Bruxelles, 1999, p. 1561-1587
- VANDENCASTEELE (Alexandre) et WAELBROECK (Denis), « Une nouvelle approche à l'égard des abus de monopolisation ?, Quelques commentaires à propos du document de travail de la Commission européenne relatif à l'application de l'article 82 aux abus de monopolisation », *RIDE*, 2006, p. 87-121

- VICKERS (John), « Market power in competition cases », *Eur. Competition J.*, vol. 2 (special issue), 2006, p. 3-14
- VICTOR (A. Paul), « Antidumping and Antitrust : Can the Inconsistencies be Resolved », *N.Y.U. J. Int'l L. & Pol.*, vol. 15, n° 2, 1983, p. 339-350
- VICTOR (A. Paul), « Export Cartels : an Idea whose Time has Passed », *Antitrust L. J.*, vol. 60, n° 2, 1992, p. 571-581
- VIENNOIS (Jean-Pierre), « Rapports entre droit communautaire de la concurrence et droit national : les apports du règlement n° 1/2003 du 16 décembre 2002 », *JCP Cahier de Droit de l'Entreprise*, 2003, n° 5, p. 1-6
- VIENNOIS (Jean-Pierre), « La portée du droit communautaire de la concurrence et le mythe du champ d'application exclusif du droit national », *RTD com.*, 2002, p. 1
- VON DER GROEBEN (Hans), « La politique de concurrence dans la Communauté économique européenne », in : GANSHOF VAN DER MEERSCH (Walter Jean) (dir.), *Les Nouvelles, Droit des Communautés européennes*, Bruxelles, Larcier, 1969, p. 795-801
- WAELEBROECK (Denis), « Michelin II, A Per Se Rule Against Rebates by Dominant Companies ? », *J. Comp. L. & Econ.*, vol. 1, n° 1, 2005, p. 149-171
- WAELEBROECK (Michel), « Price Discrimination and Rebate Policies under EU Competition Law », *Fordham Corp. L. Inst.*, 1996, p. 147-160
- WAELEBROECK (Michel), « La place de la concurrence dans le traité de Lisbonne », in : *Mélanges en l'honneur de Georges Vandensanden : promenade au sein du droit européen*, Bruxelles, Bruylant, 2008, p. 829-841

III. JURISPRUDENCE EUROPÉENNE

A. CJCE / CJUE

(par ordre chronologique des dates des arrêts/ordonnances/avis)

- CJCE, 14 juillet 1972, *Imperial Chemical Industries Ltd (ICI) c/ Commission (Matières colorantes)*, aff. 48/69, *Rec.* p. 619
- CJCE, 12 décembre 1972, *International Fruit Company*, aff. jtes 21 à 24/72, *Rec.* p. 1219
- CJCE, 21 février 1973, *Europemballage Corporation et Continental Can Company Inc. c/ Commission*, aff. 6/72, *Rec.* p. 215
- CJCE, 13 novembre 1975, *General Motors Continental*, aff. 26/75, *Rec.* p. 1367
- CJCE, 16 décembre 1975, *Suiker Unie e.a. c / Commission*, aff. jtes. 40 à 48, 50, 54 à 56, 111, 113 et 114/73, *Rec.* p. 1663
- CJCE, 25 octobre 1977, *Metro c/ Commission*, aff. 26/76, *Rec.* p. 1875
- CJCE, 14 février 1978, *United Brands c/ Commission*, aff. 27/76, *Rec.* p. 207
- CJCE, 13 février 1979, *Hoffmann-La Roche c/ Commission*, aff. 85/76, *Rec.* p. 461
- CJCE, 29 mars 1979, *NTN Toyo Bearing Company Ltd. e.a. c/ Conseil*, aff. 113/77, *Rec.* p. 1185
- CJCE, 29 mars 1979, *ISO c/ Conseil*, aff. 118/77, *Rec.* p. 1277

- CJCE, 29 mars 1979, *Nippon Seiko KK e.a. c/ Conseil*, aff. 119/77, *Rec.* p. 1303
- CJCE, 29 mars 1979, *Koyo Seiko Co Ltd e.a. c/ Conseil*, aff. 120/77, *Rec.* p. 1337
- CJCE, 29 mars 1979, *Nachi Fujikoshi Corporation e.a. c/ Conseil*, aff. 121/77, *Rec.* p. 1363
- CJCE, 31 mai 1979, *Hugin c/ Commission*, aff. 22/78, *Rec.* p. 1869
- CJCE, 26 juin 1980, *National Panasonic (UK) Ltd c/ Commission*, aff. 136/79, *Rec.* p. 2033
- CJCE, 17 septembre 1980, *Philip Morris Holland BV c/ Commission*, aff. 730/79, *Rec.* p. 2671
- CJCE, 9 novembre 1983, *Michelin c/ Commission*, aff. 322/81, *Rec.* p. 3461
- CJCE, 21 février 1984, *Allied Corporation e.a. c/ Commission*, aff. jtes 239 et 275/82, *Rec.* p. 1005
- CJCE, 20 mars 1985, *Timex Corporation c/ Conseil*, aff. 264/82, *Rec.* p. 121
- CJCE, 28 mars 1985, *CICCE c/ Commission*, aff. 298/83, *Rec.* p. 1105
- CJCE, 22 octobre 1986, *Metro c/ Commission*, aff. 75/84, *Rec.* p. 3021
- CJCE, 11 novembre 1986, *British Leyland*, aff. 226/84, *Rec.* p. 3263
- CJCE, 24 février 1987, *Continentalen Produkten Gesellschaft c/ Commission*, aff. 312/84, *Rec.* p. 841
- CJCE, 7 mai 1987, *Nachi Fujikoshi Corporation c/ Conseil*, aff. 255/84, *Rec.* p. 1861
- CJCE, 7 mai 1987, *Nippon Seiko KK c/ Conseil*, aff. 258/84, *Rec.* p. 1923
- CJCE, 7 mai 1987, *Minebea Company Limited c/ Conseil*, aff. 260/84, *Rec.* p. 1975
- CJCE, 7 mai 1987, *NTN Toyo Bearing Company Ltd c/ Conseil*, aff. 240/84, *Rec.* p. 1809
- CJCE, 4 mai 1988, *Bodson*, aff. 30/87, *Rec.* p. 2479
- CJCE, 27 septembre 1988, *A. Ahlström Osakeyhtiö e.a. c/ Commission (Pâte de bois)*, aff. jtes 89, 104, 114, 116, 117 et 125 à 129/85, *Rec.* p. 5193
- CJCE, 5 octobre 1988, *Technointorg c/ Commission et Conseil*, aff. jtes. 294/86 et 77/87, *Rec.* p. 6077
- CJCE, 5 octobre 1988, *Brother c/ Conseil*, aff. 250/85, *Rec.* p. 568
- CJCE, 5 octobre 1988, *Canon Inc. e.a. c/ Conseil*, aff. jtes 277/85 et 300/85, *Rec.* p. 5371
- CJCE, 5 octobre 1988, *Silver Seiko c/ Conseil*, aff. jtes 273/85 et 107/86, *Rec.* p. 5927
- CJCE, 13 juillet 1989, *Tournier*, aff. 395/87, *Rec.* p. 2521
- CJCE, 11 avril 1989, *Ahmed Saeed Flugreisen et Silver Line Reisebüro GmbH c/ Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs e.V.*, aff. 66/86, *Rec.* p. 803
- CJCE, 13 juillet 1989, *Casa Fleischhandels-GmbH*, aff. 215/88, *Rec.* p. 2789
- CJCE, 13 juillet 1989, *Lucazeau e.a. c/ SACEM*, aff. jtes 110/88, 241/88 et 242/88, *Rec.* p. 2811
- CJCE, 21 septembre 1989, *Hoechst c/ Commission*, aff. jtes 46/87 et 227/88, *Rec.* p. 2859
- CJCE, 28 novembre 1989, *Anonymos Etaireia Epichirisseon c/ Conseil*, aff. C-121/86, *Rec.* p. 3919
- CJCE, 14 mars 1990, *Gestetner Holdings plc c/ Conseil et Commission*, aff. C-156/87, *Rec.* p. I-781

- CJCE, 14 mars 1990, *Nashua Corporation e.a. c/ Commission et Conseil*, aff. jtes C-133/87 et C-150/87, *Rec. p. I-719*
- CJCE, 27 mars 1990, *Cartorobica SpA*, aff. C-189/88, *Rec. p. I-1269*
- CJCE, 28 février 1991, *Sergio Delimitis c/ Henniger Bräu AG*, aff. C-234/89, *Rec. p. I-935*
- CJCE, 19 mars 1991, *France c/ Commission*, aff. C-202/88, *Rec. p. I-1223*
- CJCE, 27 juin 1991, *Al-Jubail Fertilizer co. (Samad) et Saudi Arabian Fertilizer Company (Safco) c/ Conseil*, aff. C-49/88, *Rec. p. I-3187*
- CJCE, 3 juillet 1991, *Akzo Chemie BV c/ Commission*, aff. C-62/86, *Rec. p. I-3359*
- CJCE, 22 octobre 1991, *Eugen Nölle c/ Hauptzollamt Bremen-Freihafen*, aff. C-16/90, *Rec. p. I-5163*
- CJCE, 28 novembre 1991, *Bureau européen des unions de consommateurs (BEUC) c/ Commission*, aff. C-170/89, *Rec. p. I-5798*
- CJCE, 13 décembre 1991, *RTT c/ GB-Inno-BM SA*, aff. C-18/88, *Rec. p. I-5941*
- CJCE, 13 février 1992, *Goldstar c/ Conseil*, aff. C-105/90, *Rec. p. I-677*
- CJCE, 10 mars 1992, *Canon c/ Conseil*, aff. C-171/87, *Rec. p. I-1237*
- CJCE, 10 mars 1992, *Minolta Camera Co. Ltd c/ Conseil*, aff. C-178/87, *Rec. p. I-1577*
- CJCE, 10 mars 1992, *Ricoh c/ Conseil*, aff. C-174/87, *Rec. p. I-1335*
- CJCE, 11 juin 1992, *Extramet Industries SA c/ Conseil*, aff. C-358/89, *Rec. p. I-3813*
- CJCE, 24 novembre 1993, *Keck et Mithouard*, aff. jtes C-267/91 et C-268/91, *Rec. p. I-6097*
- CJCE, 7 décembre 1993, *Rima Eletrometalurgica SA c/ Conseil*, aff. C-216/91, *Rec. p. I-6303*
- CJCE, 17 mai 1994, *Corsica ferries Italia*, aff. C-18/93, *Rec. p. I-1783*
- CJCE, 5 octobre 1994, *Société Civile agricole du Centre d'insémination de la Crespelle c/ Coopérative d'élevage et d'insémination artificielle du département de la Mayenne*, aff. C-323/93, *Rec. p. I-5077*
- CJCE, 15 novembre 1994, avis n° 1/94, *relatif à la ratification des accords fondant l'OMC*, *Rec. p. I-5267*
- CJCE, 14 novembre 1996, *Tetra Pak c/ Commission*, aff. C-333/94 P, *Rec. p. I-5951*
- CJCE, 28 mai 1998, *John Deere Ltd c/ Commission*, aff. C-7/95 P, *Rec. p. I-3111*
- CJCE, 26 novembre 1998, *Oscar Bronner*, aff. C-7/97, *Rec. p. I-7791*
- CJCE, 27 avril 1999 (ordonnance), *Deutsche Bahn AG c/ Commission*, aff. C-436/97 P, *Rec. p. I-2387*
- CJCE, 16 mars 2000, *Compagnie maritime belge transports SA e.a. c/ Commission*, aff. jtes C-395/96 P et C-396/95 P, *Rec. p. I-1365*
- CJCE, 21 septembre 2000, *European Fertilizer Manufacturers Association (EFMA) c/ Conseil et Commission*, aff. C-46/98 P, *Rec. p. I-7079*
- CJCE, 3 octobre 2000, *Industries des poudres sphériques (IPS) c/ Conseil*, aff. C-458/98 P, *Rec. p. I-8147*
- CJCE, 11 avril 2001 (ordonnance), *NDC Health Corporation e.a. c/ IMS Health Inc. et Commission*, aff. C-481/01 P(R), *Rec. p. I-3401*

- CJCE, 3 mai 2001, *Ajinomoto Co., Inc. et The NutraSweet Company c/ Conseil et Commission*, aff. jtes C-76/98 P et C-77/98 P, *Rec. p. I-3223*
- CJCE, 17 mai 2001, *TNT Traco SpA c/ Poste Italiane SpA*, aff. C-340/99, *Rec. p. I-4109*
- CJCE, 10 juillet 2001 (ordonnance), *Irish Sugar plc c/ Commission*, aff. C-497/99 P, *Rec. p. I-5333*
- CJCE, 19 février 2002, *Wouters e.a.*, aff. C-309/99, *Rec. p. I-1577*
- CJCE, 22 octobre 2002, *Roquette Frères SA*, aff. C-94/00, *Rec. p. I-9011*
- CJCE, 9 janvier 2003, *Petrotub SA et Republica SA c/ Conseil et Commission*, aff. C-76/00 P, *Rec. p. I-79*
- CJCE, 23 juillet 2003, *Altmark*, aff. C-280/00, *Rec. p. I-7747*
- CJCE, 9 septembre 2003, *Conorzio Industrie Fiammiferi (CIF) c/ Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, aff. C-198/01, *Rec. p. I-8055*
- CJCE, 2 octobre 2003, *Thyssen Stahl AG c/ Commission*, aff. C-194/99 P, *Rec. p. I-10821*
- CJCE, 2 octobre 2003, *Krupp Hoesch Stahl AG c/ Commission*, aff. C-195/99 P, *Rec. p. I-10937*
- CJCE, 2 octobre 2003, *Corus UK Ltd c/ Commission*, aff. C-199/99 P, *Rec. p. I-11177*
- CJCE, 29 avril 2004, *Italie c/ Commission*, aff. C-298/00 P, *Rec. p. I-4087*
- CJCE, 17 février 2005, *Viacom Outdoor Srl*, aff. C-134/03, *Rec. p. I-1167*
- CJCE, 14 avril 2005, *Belgique c/ Commission*, aff. C-110/03, *Rec. p. I-2801*
- CJCE, 28 juin 2005, *Dansk Rørindustri e.a. c/ Commission*, aff. jtes C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P à C-208/02 P et C-213/02 P, *Rec. p. I-5425*
- CJCE, 23 novembre 2006, *Asnef-Equifax*, aff. C-238/05, *Rec. p. I-11125*
- CJCE, 15 mars 2007, *British Airways plc c/ Commission*, aff. C-95/04 P, *Rec. p. I-2331*
- CJCE, 27 septembre 2007, *Ikea Wholesale Ltd*, aff. C-351/04, *Rec. p. I-7723*
- CJCE, 28 février 2008, *AGST Draht- und Biegetechnik GmbH*, aff. C-398/05, *Rec. p. I-1057*
- CJCE, 1^{er} avril 2008, *Maruko*, aff. C-267/06, *Rec. p. I-1757*
- CJCE, 1^{er} juillet 2008, *MOTOE c/ Elliniko Dimosio*, aff. C-49/07, *Rec. p. I-4863*
- CJCE, 16 septembre 2008, *Sot. Lélos kai Sia EE e.a. c/ GlaxoSmithKline*, aff. jtes C-468/06 à C-478/06, *Rec. p. I-7139*
- CJCE, 20 novembre 2008, *Competition Authority c/ Beef Industry Development Society Ltd e.a.*, aff. C-209/07, *Rec. p. I-8637*
- CJCE, 11 décembre 2008, *Kanal 5 et TV 4*, aff. C-52/07, *Rec. p. I-9275*
- CJCE, 2 avril 2009, *France Télécom SA c/ Commission*, aff. C-202/07 P, *Rec. p. I-2369*
- CJCE, 4 juin 2009, *T-Mobile Netherlands BV e.a.*, aff. C-8/08, *Rec. p. I-4529*
- CJCE, 8 juillet 1999, *Commission c/ Anic Partecipazioni SpA*, aff. C-49/92 P, *Rec. p. I-4125*
- CJCE, 8 juillet 1999, *Hüls AG c/ Commission*, aff. C-199/92 P, *Rec. p. I-4287*
- CJCE, 16 juillet 2009, *Der Grüne Punkt – Duales System Deutschland GmbH c/ Commission*, aff. C-385/07 P, *Rec. p. I-6155*
- CJCE, 3 septembre 2009, *Moser Baer India Ltd c/ Conseil*, aff. C-535/06 P, *Rec. p. I-7051*

- CJCE, 6 octobre 2009, *GlaxoSmithKline Services Unlimited c/ Commission*, aff. jtes C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P et C-519/06 P, *Rec.* p. I-9291
- CJUE, 14 octobre 2010, *Deutsche Telekom AG c/ Commission*, aff. C-280/08 P, *Rec.* p. I-9555
- CJUE, 17 février 2011, *TeliaSonera Sverige AB*, aff. C-52/09, *Rec.* p. I-527
- CJUE, 13 octobre 2011, *Pierre Favre Dermo-Cosmétique*, aff. C-439/09, *Rec.* p. I-9419
- CJUE, 2 février 2012, *Brosmann Footwear (HK) Ltd e.a. c/ Conseil e.a.*, aff. C-249/10 P, publié au *Recueil numérique*
- CJUE, 16 février 2012, *Conseil et Commission c/ Interpipe Niko Tube ZAT et Interpipe NTRP VAT*, aff. jtes C-191/09 P et C-200/09 P, publié au *Recueil numérique*
- CJUE, 27 mars 2012, *Post Danmark A/S*, aff. C-209/10, non encore publié au *Rec.*
- CJUE, 19 juillet 2012, *Conseil c/ Zhejiang Xinan Chemical Industrial Group Co. Ltd*, aff. C-337/09 P, non encore publié au *Rec.*
- CJUE, 13 décembre 2012, *Expedia Inc. c/ Autorité de la concurrence e.a.*, aff. C-226/11, non encore publié au *Rec.*
- CJUE, 7 mars 2013 (ordonnance), *Euronics Belgium c/ Kamera Express*, aff. C-343/12, non encore publiée au *Rec.*
- CJUE, 18 avril 2013, *Steinel Vertrieb GmbH*, aff. C-595/11, non encore publié au *Rec.*
- CJUE, 14 novembre 2013, *Conseil c/ Gul Ahmed Textile Mills Ltd*, aff. C-638/11 P, non encore publié au *Rec.*
- CJUE, 12 décembre 2013, *Ministerio dello Sviluppo economico, e.a. c/ SOA Nazionale Costruttori e.a.*, aff. C-327/12, non encore publié au *Rec.*
- CJUE, 19 décembre 2013, *Transnational Company "Kazchrome" AO e.a. c/ Conseil*, aff. C-10/12 P, non encore publié au *Rec.*

B. TPICE / Trib.UE

(par ordre chronologique des dates des arrêts et ordonnances)

- TPICE, 12 décembre 1991, *Hilti c/ Commission*, aff. T-30/89, *Rec.* p. II-1439
- TPICE, 10 mars 1992, *SIV e.a. c/ Commission*, aff. jtes T-68/89, T-77/89 et T-78/89, *Rec.* p. II-1403
- TPICE, 1^{er} avril 1993, *BPB Industries et British Gypsum c/ Commission*, aff. T-65/89, *Rec.* p. II-389
- TPICE, 18 mai 1994, *Bureau européen des unions de consommateurs (BEUC) c/ Commission*, aff. T-97/92, *Rec.* p. II-285
- TPICE, 6 octobre 1994, *Tetra Pak c/ Commission*, aff. T-83/91, *Rec.* p. II-755
- TPICE, 27 octobre 1994, *Fiataagri UK Ltd et New Holland Ford Ltd c/ Commission*, aff. T-34/92, *Rec.* p. II-905
- TPICE, 27 octobre 1994, *John Deere Ltd c/ Commission*, aff. T-35/92, *Rec.* p. II-957
- TPICE, 12 janvier 1995, *Viho Europe BV c/ Commission*, aff. T-102/92, *Rec.* p. II-17
- TPICE, 29 juin 1995, *Imperial Chemical Industries plc (ICI) c/ Commission*, aff. T-37/91, *Rec.* p. II-1901

- TPICE, 14 juillet 1995, *Koyo Seiko Co. Ltd c/ Conseil*, aff. T-166/94, *Rec.* p. II-2129
- TPICE, 14 septembre 1995, *Descom Scales Manufacturing Co. Ltd c/ Conseil*, aff. T-171/94, *Rec.* p. II-2413
- TPICE, 11 juillet 1996, *Sinochem Heilongjiang c/ Conseil*, aff. T-161/94, *Rec.* p. II-695
- TPICE, 8 octobre 1996, *Compagnie maritime belge transports SA e.a. c/ Commission*, aff. jtes T-24/93 à T-26/93 et T-28/93, *Rec.* p. II-1201
- TPICE, 12 juin 1997, *Tiercé Ladbroke SA c/ Commission*, aff. T-504/93, *Rec.* p. II-923
- TPICE, 25 septembre 1997, *Shanghai Bicycles Corporation c/ Conseil*, aff. T-170/94, *Rec.* p. II-1383
- TPICE, 21 octobre 1997, *Deutsche Bahn AG c/ Commission*, aff. T-229/94, *Rec.* p. II-1689
- TPICE, 17 décembre 1997, *European Fertilizer Manufacturers Association (EFMA) c/ Conseil*, aff. T-121/95, *Rec.* p. II-2391
- TPICE, 18 décembre 1997, *Ajinomoto Co., Inc. et The NutraSweet Company c/ Conseil*, aff. jtes T-159/94 et T-160/94, *Rec.* p. II-2461
- TPICE, 17 juillet 1998, *Thai Bicycle Industry Co. Ltd c/ Conseil*, aff. T-118/96, *Rec.* p. II-2991
- TPICE, 17 juillet 1998, *ITT Promédia NV c/ Commission*, aff. T-111/96, *Rec.* p. II-2937.
- TPICE, 15 octobre 1998, *Industrie des poudres sphériques (IPS) c/ Conseil*, aff. T-2/95, *Rec.* p. II-3939
- TPICE, 7 octobre 1999, *Irish Sugar plc c/ Commission*, aff. T-228/97, *Rec.* p. II-2969
- TPICE, 12 octobre 1999, *Acme Industry c/ Conseil*, aff. T-48/96, *Rec.* p. II-3089
- TPICE, 15 décembre 1999, *Petrotub SA et Republica SA c/ Conseil et Commission*, aff. jtes T-33/98 et T-34/98, *Rec.* p. II-3837
- TPICE, 19 décembre 1999, *Micro Leader c/ Commission*, aff. T-198/98, *Rec.* p. II-3989
- TPICE, 27 janvier 2000, *Bureau européen des unions de consommateurs (BEUC) c/ Commission*, aff. T-256/97, *Rec.* p. II-101
- TPICE, 30 mars 2000, *Miwon Co. Ltd c/ Conseil*, aff. T-51/96, *Rec.* p. II-1841
- TPICE, 20 juin 2000, *Euromin SA c/ Conseil*, aff. T-597/97, *Rec.* p. II-2419
- TPICE, 29 juin 2000, *Medici Grimm KG c/ Conseil*, aff. T-7/99, *Rec.* p. II-2671
- TPICE, 30 novembre 2000, *Industries des poudres sphériques (IPS) c/ Commission*, aff. T-5/97, *Rec.* p. II-3755
- TPICE, 19 septembre 2001, *Mukand Ltd e.a. c/ Conseil*, aff. T-58/99, *Rec.* p. II-2521
- TPICE, 26 octobre 2001 (ordonnance), *IMS Health Inc. c/ Commission*, aff. T-184/01 R, *Rec.* p. II-817
- TPICE, 21 novembre 2002, *Kundan Industries Ltd et Tata International Ltd c/ Conseil*, aff. T-88/98, *Rec.* p. II-4897
- TPICE, 8 juillet 2003, *Euroalliages e.a. c/ Commission*, aff. T-132/01, *Rec.* p. II-2359
- TPICE, 30 septembre 2003, *Manufacture française des pneumatiques Michelin c/ Commission*, aff. T-203/01, *Rec.* p. II-4071
- TPICE, 30 septembre 2003, *Atlantic Container Line e.a. c/ Commission*, aff. jtes T-191/98, T-212/98 à T-214/98, *Rec.* p. II-3275

- TPICE, 23 octobre 2003, *Van den Bergh Foods Ltd c/ Commission*, aff. T-65/98, *Rec. p. II-4653*
- TPICE, 17 décembre 2003, *British Airways plc c/ Commission*, aff. T-219/99, *Rec. p. II-5917*
- TPICE, 28 octobre 2004, *Shanghai Teraoka Electronic Co. Ltd c/ Conseil*, aff. T-35/01, *Rec. p. II-3663*
- TPICE, 27 septembre 2006, *GlaxoSmithKline Services Unlimited c/ Commission*, aff. T-168/01, *Rec. p. II-2969*
- TPICE, 4 octobre 2006, *Moser Baer India Ltd c/ Conseil*, aff. T-300/03, *Rec. p. II-3911*
- TPICE, 24 octobre 2006, *Ritek Corp. e.a. c/ Conseil*, aff. T-274/02, *Rec. p. II-4305*
- TPICE, 14 novembre 2006, *Nanjing Metalink International Co. Ltd c/ Conseil*, aff. T-138/02, *Rec. p. II-4347*
- TPICE, 30 janvier 2007, *France Télécom c/ Commission*, aff. T-340/03, *Rec. p. II-107*
- TPICE, 14 mars 2007, *Aluminium Silicon Mill Product GmbH c/ Conseil*, aff. T-107/04, *Rec. p. II-669*
- TPICE, 24 mai 2007, *Der Grüne Punkt – Duales System Deutschland GmbH c/ Commission*, aff. T-151/01, *Rec. p. II-1607*
- TPICE, 10 avril 2008, *Deutsche Telekom AG c/ Commission*, aff. T-271/03, *Rec. p. II-477*
- TPICE, 8 juillet 2008, *Knauf Gips KG c/ Commission*, aff. T-52/03, *Rec. p. II-115* (publication sommaire)
- TPICE, 8 juillet 2008, *BPB plc c/ Commission*, aff. T-53/03, *Rec. p. II-1333*
- TPICE, 8 juillet 2008, *Lafarge SA c/ Commission*, aff. T-54/03, *Rec. p. II-120* (publication sommaire)
- TPICE, 10 septembre 2008, *JSC Kirovo-Chepetsky c/ Conseil*, aff. T-348/05, *Rec. p. II-159* (publication sommaire)
- TPICE, 17 décembre 2008, *HEG Ltd et Graphite India Ltd c/ Conseil*, aff. T-462/04, *Rec. p. II-3685*
- TPICE, 10 mars 2009, *Interpipe Niko Tube ZAT et Interpipe NTRP VAT c/ Conseil*, T-249/06, *Rec. p. II-383*
- TPICE, 17 juin 2009, *Zhejiang Xinan Chemical Industrial Group Co. Ltd c/ Conseil*, aff. T-498/04, *Rec. p. II-1969*
- TPICE, 9 juillet 2009, *Peugeot et Peugeot Nederland c/ Commission*, aff. T-450/05, *Rec. p. II-2533*
- TPICE, 9 septembre 2009, *Clearstream Banking AG c/ Commission*, aff. T-301/04, *Rec. p. II-3155*
- TPICE, 23 septembre 2009, *Dongguan Nanzha Leco Stationery Mfg. Co. Ltd c/ Conseil*, aff. T-296/06, *Rec. p. II-166* (publication sommaire)
- TPICE, 17 novembre 2009, *MTZ Polyfilms Ltd c/ Conseil*, aff. T-143/06, *Rec. p. II-4133*
- Trib.UE, 17 décembre 2009, *Solvay c/ Commission*, aff. T-57/01, *Rec. p. II-4621*
- Trib.UE, 4 mars 2010, *Brosmann Footwear e.a. c/ Conseil*, aff. T-401/06, *Rec. p. II-671*
- Trib.UE, 1^{er} juillet 2010, *AstraZeneca AB et AstraZeneca plc c/ Commission*, aff. T-321/05, *Rec. p. II-2805*

- Trib.UE, 9 septembre 2010, *Tomra System c/ Commission*, aff. T-155/06, *Rec.* p. II-4361
- Trib.UE, 13 septembre 2010, *Whirlpool Europe c/ Conseil*, aff. T-314/06, *Rec.* p. II-5005
- Trib.UE, 15 décembre 2010, *CEAHR c/ Commission*, aff. T-427/08, *Rec.* p. II-5865
- Trib.UE, 17 décembre 2010, *EWRIA c/ Commission*, aff. T-369/08, *Rec.* p. II-6283
- Trib.UE, 22 mars 2011, *Altstoff Recycling Austria c/ Commission*, aff. T-419/03, *Rec.* p. II-975
- Trib.UE, 13 avril 2011, *Far Eastern New Century Corp. c/ Conseil*, aff. T-167/07, *Rec.* p. II-94 (publication sommaire)
- Trib.UE, 16 juin 2011, *Bavaria c/ Commission*, aff. T-235/07, *Rec.* p. II-3229
- Trib.UE, 27 septembre 2011, *Gul Ahmed Textile Mills Ltd c/ Conseil*, aff. T-199/04, *Rec.* p. II-321 (publication sommaire)
- Trib.UE, 25 octobre 2011, *Transnational Company "Kazchrome" AO e.a. c/ Conseil*, aff. T-192/08, *Rec.* p. II-7449
- Trib.UE, 23 novembre 2011, *Jones e.a. c/ Commission*, aff. T-320/07, *Rec.* p. II-417 (publication sommaire)
- Trib.UE, 24 novembre 2011, *EFIM c/ Commission*, aff. T-296/09, *Rec.* p. II-425 (publication sommaire)
- Trib.UE, 30 novembre 2011, *Transnational Company "Kazchrome" AO e.a. c/ Conseil et Commission*, aff. T-107/08, *Rec.* p. II-8051
- Trib.UE, 21 mars 2012, *Marine Harvest Norway c/ Conseil*, aff. T-113/06, non encore publié au *Rec.*
- Trib.UE, 29 mars 2012, *Telefónica e.a. c/ Commission*, aff. T-336/07, non encore publié au *Rec.*
- Trib.UE, 29 mars 2012, *Espagne c/ Commission*, aff. T-398/07, non encore publié au *Rec.*
- Trib.UE, 13 septembre 2012, *Protégé International Ltd c/ Commission*, aff. T-119/09, non encore publié au *Rec.*
- Trib.UE, 18 septembre 2012, *Since Hardware (Guangzhou) Co. c/ Conseil*, aff. T-156/11, non encore publié au *Rec.*
- Trib.UE, 14 mars 2013, *Fresh Del Monte Produce, Inc. c/ Commission*, aff. T-587/08, non encore publié au *Rec.*
- Trib.UE, 14 mars 2013, *Dole Food Company et Dole Germany OHG c/ Commission*, aff. T-588/08, non encore publié au *Rec.*
- Trib.UE, 30 avril 2013, *Alumina d.o.o. c/ Conseil*, aff. T-304/11, non encore publié au *Rec.*
- Trib.UE, 11 juillet 2013, *Hangzou Duralamp Electronics Co., Ltd c/ Conseil*, aff. T-459/07, non encore publié au *Rec.*
- Trib.UE, 11 juillet 2013, *Philips Lighting Poland S.A. c/ Conseil*, aff. T-469/07, non encore publié au *Rec.*
- Trib.UE, 29 janvier 2014, *Hubei Xinyegang Steel Co. Ltd c/ Conseil*, aff. T-528/09, non encore publié au *Rec.*
- Trib.UE, 12 février 2014, *Beco Metallteile-Handels GmbH c/ Commission*, aff. T-81/12, non encore publié au *Rec.*
- Trib.UE, 7 mars 2014 (ordonnance), *Fédération européenne de l'industrie du sport (FESI) c/ Conseil*, aff. T-134/10, non encore publiée au *Rec.*

IV. JURISPRUDENCE DU GATT / DE L'OMC

(par ordre de numéros de différends ; la date indiquée est celle de distribution du rapport, et non pas celle de son adoption)

Groupe spécial *Communautés Européennes – Droits antidumping sur les bandes audio en cassettes originaires du Japon*, ADP/136, rapport du 28 avril 1995

Organe d'appel *Corée – Mesure de sauvegarde définitive appliquée aux importations de certains produits laitiers*, WT/DS98/AB/R, rapport du 14 décembre 1999

Groupe spécial *Thaïlande – Droits antidumping sur les profilés en fer ou en acier non alliés et les poutres en H en provenance de Pologne*, WT/DS122/R, rapport du 28 septembre 2000

Organe d'appel *Thaïlande – Droits antidumping sur les profilés en fer ou en acier non alliés et les poutres en H en provenance de Pologne*, WT/DS122/AB/R, rapport du 12 mars 2001

Groupe spécial *Mexique – Enquête antidumping concernant le sirop de maïs à haute teneur en fructose (SHTF) en provenance des États-Unis*, WT/DS132/R, rapport du 28 janvier 2000

Groupe spécial *États-Unis – Loi antidumping de 1916 (plainte des Communautés européennes)*, WT/DS136/R, rapport du 31 mars 2000

Groupe spécial *États-Unis – Loi antidumping de 1916 (plainte du Japon)*, WT/DS162/R, rapport du 29 mai 2000

Organe d'appel *États-Unis – Loi antidumping de 1916*, WT/DS136/AB/R et WT/DS162/AB/R, rapport du 28 août 2000

Groupe spécial *Communautés européennes – Droits antidumping sur les importations de linge de lit en coton en provenance d'Inde*, WT/DS141/R, rapport du 30 octobre 2000

Organe d'appel *Communautés européennes – Droits antidumping sur les importations de linge de lit en coton en provenance d'Inde*, WT/DS141/AB/R, rapport du 1^{er} mars 2001,

Groupe spécial *Communautés européennes – Droits antidumping sur les importations de linge de lit en coton en provenance d'Inde (Recours de l'Inde à l'article 21:5 du Mémoire d'accord)*, WT/DS/141/RW, rapport du 29 novembre 2002

Organe d'appel *Communautés européennes – Droits antidumping sur les importations de linge de lit en coton en provenance d'Inde (Recours de l'Inde à l'article 21:5 du Mémoire d'accord)*, WT/DS141/AB/RW, rapport du 8 avril 2003

Groupe spécial *États-Unis – Mesures de sauvegarde à l'importation de viande d'agneau fraîche, réfrigérée ou congelée en provenance de Nouvelle-Zélande et d'Australie*, WT/DS177/R et WT/DS178/R, rapport du 21 décembre 2000

Organe d'appel *États-Unis – Mesures de sauvegarde à l'importation de viande d'agneau fraîche, réfrigérée ou congelée en provenance de Nouvelle-Zélande et d'Australie*, WT/DS177/AB/R et WT/DS178/AB/R, rapport du 1^{er} mai 2001

Organe d'appel *États-Unis – Mesures antidumping appliquées à certains produits en acier laminés à chaud en provenance du Japon*, WT/DS184/AB/R, rapport du 24 juillet 2011

Groupe spécial *États-Unis – Mesures antidumping et compensatoires appliquées aux tôles en acier en provenance de l'Inde*, WT/DS206/R, rapport du 28 juin 2002

Groupe spécial *États-Unis – Loi de 2000 sur la compensation pour continuation du dumping et maintien de la subvention*, WT/DS217/R, WT/DS234/R, rapport du 16 septembre 2002

Organe d'appel *États-Unis – Loi de 2000 sur la compensation pour continuation du dumping et maintien de la subvention*, WT/DS217/AB/R, WT/DS234/AB/R, rapport du 16 janvier 2003

Groupe spécial *Communautés européennes – Droits antidumping sur les accessoires de tuyauterie en fonte malléable en provenance du Brésil*, WT/DS219/R, rapport du 7 mars 2003

Organe d'appel *Communautés européennes – Droits antidumping sur les accessoires de tuyauterie en fonte malléable en provenance du Brésil*, WT/DS219/AB/R, rapport du 22 juillet 2003

Organe d'appel *Mexique – Mesures antidumping définitives visant la viande de bœuf et le riz*, WT/DS295/AB/R, rapport du 29 novembre 2005

Groupe spécial *Mexique – Mesures antidumping définitives visant la viande de bœuf et le riz – plainte concernant le riz*, WT/DS295/R, rapport du 6 juin 2005

Groupe spécial *Communautés européennes – Mesure antidumping visant le saumon d'élevage en provenance de Norvège*, WT/DS337/R, rapport du 16 novembre 2007

Groupe spécial *Communautés européennes – Mesures antidumping définitives visant certains éléments de fixation en fer ou en acier en provenance de Chine*, WT/DS397/R, rapport du 3 décembre 2010

Organe d'appel *Communautés européennes – Mesures antidumping définitives visant certains éléments de fixation en fer ou en acier en provenance de Chine*, WT/DS397/AB/R, rapport du 15 juillet 2011

V. PRINCIPAUX ACTES RÉGLEMENTAIRES EN MATIÈRE ANTIDUMPING ET ANTITRUST

(dans l'ordre des numéros des règlements)

Règlement n° 8 de la Commission, du 11 mars 1960, pour l'application du paragraphe 2 de l'article 91 du traité instituant la Communauté économique européenne, *JOCE* n° 21, 25 mars 1960, p. 597/60, et règlement n° 13 de la Commission, du 15 mars 1961, portant modification du règlement n° 8 pour l'application du paragraphe 2 de l'article 91 du Traité instituant la CEE, *JOCE* n° 25, 8 avril 1961, p. 585/61

Règlement n° 17 du Conseil, Premier règlement d'application des articles 85 et 86 du traité, *JOCE* 13, 21 février 1962, p. 204

Règlement (CEE) n° 459/68 du Conseil, du 5 avril 1968, relatif à la défense contre les pratiques de dumping, primes ou subventions de la part de pays non membres de la Communauté économique européenne, *JOCE* L 93, 17 avril 1968, p. 1

Règlement (CEE) n° 3017/79 du Conseil, du 20 décembre 1979, relatif à la défense contre les importations qui font l'objet de "dumping" ou de subventions de la part de pays non membres de la Communauté européenne, *JOCE* L 339, 31 décembre 1979, p. 67

Règlement (CEE) n° 2176/84 du Conseil, du 23 juillet 1984, relatif à la défense contre les importations qui font l'objet d'un dumping ou de subventions de la part de pays non membres de la Communauté économique européenne, *JOCE L 201*, 30 juillet 1984, p. 1

Règlement (CEE) n° 4057/86 du Conseil, du 22 décembre 1986, relatif aux pratiques tarifaires déloyales dans les transports maritimes, *JOCE L 378*, 31 décembre 1986, p. 14

Règlement (CEE) n° 1761/87 du Conseil, du 22 juin 1987, modifiant le règlement (CEE) n° 2176/84 relatif à la défense contre les importations qui font l'objet d'un dumping ou de subventions de la part de pays non membres de la Communauté économique européenne, *JOCE L 167*, 22 juin 1987, p. 9

Règlement (CEE) n° 2423/88 du Conseil, du 11 juillet 1988, relatif à la défense contre les importations qui font l'objet d'un dumping ou de subventions de la part de pays non membres de la Communauté économique européenne, *JOCE L 209*, 2 août 1988, p. 1

Règlement (CE) n° 3283/94, du Conseil, du 22 décembre 1994, relatif à la défense contre les importations qui font l'objet d'un dumping de la part de pays non membres de la Communauté européenne, *JOCE L 349*, 31 décembre 1994, p. 1

Règlement (CE) n° 3286/94 du Conseil, du 22 décembre 1994, arrêtant des procédures communautaires en matière de politique commerciale commune en vue d'assurer l'exercice par la Communauté des droits qui lui sont conférés par les règles du commerce international, en particulier celles instituées sous l'égide de l'Organisation mondiale du commerce (OMC), *JOCE L 349*, 31 décembre 1994, p. 71

Règlement (CE) n° 384/96 du Conseil, du 22 décembre 1995, relatif à la défense contre les importations qui font l'objet d'un dumping de la part de pays non membres de la Communauté européenne, *JOCE L 56*, 6 mars 1996, p. 1

Règlement (CE) n° 385/96 du Conseil, du 29 janvier 1996, relatif à la défense contre les pratiques préjudiciables en matière de prix dans la construction navale, *JOCE L 56*, 6 mars 1996, p. 21

Décision n° 2277/96/CECA de la Commission, du 28 novembre 1996, relative à la défense contre les importations qui font l'objet d'un dumping de la part de pays non membres de la Communauté européenne du charbon et de l'acier, *JOCE L 308*, 29 novembre 1996, p. 11

Règlement (CE) n° 2331/96 du Conseil, du 2 décembre 1996, modifiant le règlement (CE) n° 384/96 relatif à la défense contre les importations qui font l'objet d'un dumping de la part de pays non membres de la Communauté européenne, *JOCE L 317*, 6 décembre 1996, p. 1

Règlement (CE) n° 1515/2001 du Conseil, du 23 juillet 2001, relatif aux mesures que la Communauté peut prendre à la suite d'un rapport adopté par l'organe de règlement des différends de l'OMC concernant les mesures antidumping ou antisubventions, *JOCE L 201*, 26 juillet 2001, p. 10

Règlement (CE) n° 963/2002 du Conseil, du 3 juin 2002, fixant des dispositions transitoires concernant les mesures antidumping et compensatoires adoptées en vertu des décisions n° 2277/96/CECA et n° 1889/98/CECA de la Commission ainsi que les demandes, plaintes et enquêtes antidumping et antisubventions en cours relevant de ces décisions, *JOCE L 149*, 7 juin 2002, p. 3

Règlement (CE) n° 1/2003 du Conseil, du 16 décembre 2002, relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité, *JOCE* L 1, 4 janvier 2003, p. 1

Règlement (CE) n° 452/2003 du Conseil, du 6 mars 2003, sur les mesures que la Communauté peut prendre au regard de l'effet combiné des mesures antidumping ou compensatoires et des mesures de sauvegarde, *JOUE* L 69, 13 mars 2003, p. 8

Règlement (CE) n° 868/2004 du Parlement européen et du Conseil, du 21 avril 2004, concernant la protection contre les subventions et les pratiques tarifaires déloyales causant un préjudice aux transporteurs aériens communautaires dans le cadre de la fourniture de services de transport aérien de la part de pays non membres de la Communauté européenne, *JOUE* L 162, 30 avril 2004, p. 1

Règlement (CE) n° 773/2004 de la Commission, du 7 avril 2004, relatif aux procédures mises en œuvre par la Commission en application des articles 81 et 82 du traité CE, *JOUE* L 123 27 avril 2004, p. 18

Règlement (CE) n° 1225/2009 du Conseil, du 30 novembre 2009, relatif à la défense contre les importations qui font l'objet d'un dumping de la part de pays non membres de la Communauté européenne, *JOUE* L 343, 22 décembre 2009, p. 51

Règlement (UE) n° 765/2012 du Parlement européen et du Conseil, du 13 juin 2012, modifiant le règlement (CE) n° 1225/2009 du Conseil relatif à la défense contre les importations qui font l'objet d'un dumping de la part de pays non membres de la Communauté européenne, *JOUE* L 237, 3 septembre 2012, p. 1

Règlement (UE) n° 1168/2012 du Parlement européen et du Conseil, du 12 décembre 2012, modifiant le règlement (CE) n° 1225/2009 du Conseil relatif à la défense contre les importations qui font l'objet d'un dumping de la part de pays non membres de la Communauté européenne, *JOUE* L 344, 14 décembre 2012, p. 1

Règlement (UE) n° 37/2014 du Parlement européen et du Conseil, du 15 janvier 2014, modifiant certains règlements relatifs à la politique commerciale commune en ce qui concerne les procédures d'adoption de certaines mesures, *JOUE* L 18, 21 janvier 2014, p. 1

VI. SÉLECTION DE DOCUMENTS DU GATT / DE L'OMC

A. CODES ANTIDUMPING

Accord relatif à la mise en œuvre de l'Article VI de l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce, 30 juin 1967, *JOCE* L 305, 19 décembre 1968, p. 12

Accord relatif à la mise en œuvre de l'Article VI de l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce, 12 avril 1979, *JOCE* L 71, 17 mars 1980, p. 90

Accord sur la mise en œuvre de l'article VI de l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce de 1994, 15 avril 1994, *JOCE* L 336, 23 décembre 1994, p. 103

B. AUTRES DOCUMENTS

GATT, *Background Note by the Secretariat on “‘Grey-Area’ Measures”*, MTN.GNG/NG9/W/6, 16 septembre 1987

OMC, Conférence ministérielle (Singapour), *Déclaration ministérielle de Singapour*, adoptée le 13 décembre 1996, WT/MIN(96)DEC, 18 décembre 1996

OMC, Conférence ministérielle (Doha), *Déclaration ministérielle*, adoptée le 14 novembre 2001, WT/MIN(01)/DEC/1, 20 novembre 2001 (dite « Déclaration de Doha »)

OMC, *Les textes juridiques – Résultats des Négociations commerciales multilatérales du Cycle d’Uruguay*, 2003, 555 p.

OMC, Groupe de négociations sur les règles, *Note du Président – Compilation des questions et propositions identifiées par les participants au Groupe de négociations sur les règles*, TN/RL/W/143, 22 août 2003

OMC, Conseil général, *Programme de travail de Doha, Décision adoptée par le Conseil général le 1^{er} août 2004*, WT/L/259, 2 août 2004

OMC, Groupe de négociations sur les règles, *Projets de textes récapitulatifs des accords antidumping et SMC présentés par le Président*, TN/RL/W/213, 30 novembre 2007

OMC, Groupe de négociations sur les règles, *Document de travail du Président*, TN/RL/W/232, 28 mai 2008

OMC, Groupe de négociations sur les règles, *Nouveaux projets de textes récapitulatifs des accords antidumping et SMC présentés par le président*, TN/RL/W/236, 19 décembre 2008

OMC, Groupe de négociations sur les règles, *Communication du président*, TN/RL/W/254, 21 avril 2011

OMC, Groupe de négociation sur les règles, *Rapport du président du groupe de négociation sur les règles, vendredi 14 mars 2014*, TN/RL/W/255, 25 mars 2014

VII. PRINCIPALES MESURES ANTIDUMPING VISÉES

(dans l’ordre des numéros des règlements et décisions)

A. MESURES PROVISOIRES

Règlement (CEE) n° 290/83 de la Commission, du 2 février 1983, instituant un droit anti-« dumping » provisoire sur les importations d’engrais composé d’urée et de nitrate d’ammonium en solution, originaire des États-Unis d’Amérique, *JOCE* L 33, 4 février 1983, p. 9

Règlement (CEE) n° 1361/87 de la Commission, du 18 mai 1987, instituant un droit antidumping provisoire sur le ferro-silico-calcium/siliciure de calcium originaire du Brésil, *JOCE* L 129, 19 mai 1987, p. 5

Règlement (CEE) n° 2140/89 de la Commission, du 12 juillet 1989, instituant un droit antidumping provisoire sur les importations de certains lecteurs de disques compacts originaires du Japon et de Corée du Sud, *JOCE L 205*, 18 juillet 1989, p. 5.

Règlement (CE) n° 3421/90 de la Commission, du 26 novembre 1990, instituant un droit antidumping provisoire sur les importations d'aspartame originaire du Japon et des États-Unis d'Amérique, *JOCE L 330*, 29 novembre 1990, p. 16

Règlement (CEE) n° 2054/91 de la Commission, du 11 juillet 1991, instituant un droit antidumping provisoire sur les importations de dihydrostreptomycine originaire de république populaire de Chine, *JOCE L 187*, 13 juillet 1991, p. 23

Règlement (CEE) n° 3119/94 de la Commission, du 19 décembre 1994, instituant un droit antidumping provisoire sur les importations de ferrosilicomanganèse originaire de Russie, d'Ukraine, du Brésil et d'Afrique du Sud, *JOCE L 330*, 21 décembre 1994, p. 15

Règlement (CE) n° 823/95 de la Commission, du 10 avril 1995, instituant un droit antidumping provisoire sur les importations de carbonate disodique originaire des États-Unis d'Amérique, *JOCE L 83*, 13 avril 1995, p. 8

Règlement (CE) n° 2352/96 de la Commission, du 6 octobre 1995, instituant un droit antidumping provisoire sur les importations de coumarine originaire de République populaire de Chine, *JOCE L 239*, 7 octobre 1995, p. 4

Règlement (CE) n° 1023/97 de la Commission, du 6 juin 1997, instituant un droit antidumping provisoire sur les importations de palettes simples, en bois, originaires de Pologne et portant acceptation des engagements offerts par certains exportateurs en ce qui concerne ces importations, *JOCE L 150*, 7 juin 1997, p. 4

Règlement (CE) n° 1732/97 de la Commission, du 4 septembre 1997, instituant un droit antidumping provisoire sur les importations d'éléments de fixation en aciers inoxydables et de leurs parties originaires de république populaire de Chine, d'Inde, de Malaysia, et république de Corée, de T'ai-wan et de Thaïlande, *JOCE L 243*, 5 septembre 1997, p. 17

Règlement (CE) n° 2140/97 de la Commission, du 30 octobre 1997, instituant un droit antidumping provisoire sur les importations de télécopieurs personnels originaires de la République populaire de Chine, du Japon, de la République de Corée, de Malaysia, de Singapour, de T'ai-wan et de Thaïlande, *JOCE L 297*, 31 octobre 1997, p. 61

Décision n° 307/2000/CECA de la Commission, du 10 février 2000, instituant un droit antidumping provisoire sur les importations de certains produits plats laminés à chaud en aciers non alliés originaires de la République populaire de Chine, de l'Inde et de Roumanie, *JOCE L 36*, 11 février 2000, p. 4

Règlement (CE) n° 1627/2003 de la Commission, du 17 septembre 2003, instituant un droit antidumping provisoire sur les importations de cyclamate de sodium originaire de la République populaire de Chine et d'Indonésie, *JOCE L 232*, 18 septembre 2003, p. 12

Règlement (CE) n° 306/2004 de la Commission, du 19 février 2004, instituant un droit antidumping provisoire sur les importations de polyéthylène téréphtalate originaire d'Australie, de la République populaire de Chine et du Pakistan, *JOUE L 52*, 21 février 2004, p. 5

Règlement (CE) n° 1009/2004 de la Commission, du 19 mai 2004, instituant un droit antidumping provisoire sur les importations de certains systèmes d'électrodes en graphite originaires de l'Inde, *JOUE L 183*, 20 mai 2004, p. 61

Règlement (CE) n° 552/2005 de la Commission, du 11 avril 2005, instituant un droit antidumping provisoire sur les importations de certaines briques de magnésie originaires de la République populaire de Chine, *JOUE* L 93, 12 avril 2005, p. 6

Règlement (CE) n° 628/2005 de la Commission, du 22 avril 2005, instituant un droit antidumping provisoire sur les importations de saumon d'élevage originaire de Norvège, *JOUE* L 104, 23 avril 2005, p. 5

Règlement (CE) n° 488/2008 de la Commission, du 2 juin 2008, instituant un droit antidumping provisoire sur les importations d'acide citrique originaire de la République populaire de Chine, *JOUE* L 143, 3 juin 2008, p. 13

Règlement (CE) n° 1129/2008 de la Commission, du 14 novembre 2008, instituant un droit antidumping provisoire sur les importations de certains câbles et torons de pré- et postcontrainte en acier non allié (câble et torons PSC) originaires de la République populaire de Chine, *JOUE* L 306, 15 novembre 2008, p. 5

Règlement (CE) n° 1130/2008 de la Commission, du 14 novembre 2008, instituant un droit antidumping provisoire sur les importations de certains types de bougies, chandelles, cierges et articles similaires originaire de la République populaire de Chine, *JOUE* L 306, 15 novembre 2008, p. 22

Règlement (UE) n° 1072/2012 de la Commission, du 14 novembre 2012, instituant un droit antidumping provisoire sur les importations d'articles en céramique pour la table et la cuisine originaires de la République populaire de Chine, *JOUE* L 318, 15 novembre 2012, p. 28

B. MESURES DÉFINITIVES

Règlement (CEE) n° 1281/82 du Conseil, du 12 mai 1981, instituant un droit anti-« dumping » définitif sur l'acétate de vinyle monomère originaire des Etats-Unis d'Amérique, *JOCE* L 129, 15 mai 1981, p. 1

Règlement (CEE) n° 407/83 du Conseil, du 21 février 1983, modifiant le règlement (CEE) n° 3439/80 instituant un droit anti-« dumping » définitif à l'importation de certains fils de polyester originaires des États-Unis d'Amérique, *JOCE* L 50, 23 février 1983, p. 1

Règlement (CEE) n° 1698/85 du Conseil, du 19 juin 1985, instituant un droit antidumping définitif sur les importations de machines à écrire électroniques originaires du Japon, *JOCE* L 163, 22 juin 1985, p. 1

Règlement (CEE) n° 1739/85 du Conseil, du 24 juin 1985, instituant un droit antidumping définitif sur les importations de certains roulements à billes et à rouleaux coniques originaires du Japon, *JOCE* L 167, 27 juin 1985, p. 3

Règlement (CEE) n° 2322/85 du Conseil du 12 août 1985 instituant un droit antidumping définitif sur les importations de glycine originaire du Japon, *JOCE* L 218, 15 août 1985, p. 1

Règlement (CEE) n° 3365/87 du Conseil, du 9 novembre 1987, instituant un droit antidumping définitif sur le ferro-silico-calcium/siliciure de calcium originaire du Brésil, *JOCE* L 322, 12 novembre 1987, p. 1

Règlement (CEE) n° 1391/91, du 27 mai 1991, instituant un droit antidumping définitif sur les importations d'aspartame originaire du Japon et des États-Unis d'Amérique, *JOCE* L 134, 29 mai 1991, p. 1

Règlement (CEE) n° 55/93 du Conseil, du 8 janvier 1993, instituant un droit antidumping définitif sur les importations dans la Communauté de bagues extérieures de roulements à rouleaux coniques, originaires du Japon, *JOCE* L 9, 15 janvier 1993, p. 7

Règlement (CEE) n° 611/93 du Conseil du 15 mars 1993, instituant un droit antidumping définitif sur les importations dans la Communauté de certains microcircuits électroniques dits « DRAM » originaires de la république de Corée et exportés par les sociétés non exemptées de ce droit, et portant perception définitive du droit antidumping provisoire, *JOCE* n° L 66, 18 mars 1993, p. 1

Règlement (CEE) n° 1189/93 du Conseil, du 14 mai 1993, instituant des droits antidumping définitifs sur les importations de certains tubes et tuyaux sans soudure, en fer ou en acier non allié, originaires de Hongrie, de Pologne et de la république de Croatie, et portant perception définitive des droits antidumping provisoires, *JOCE* L 120, 15 mai 1993, p. 34

Règlement (CEE) n° 2455/93 instituant un droit antidumping définitif sur les importations de glutamates monosodique originaire d'Indonésie, de république de Corée et de T'ai-wan et portant perception définitive du droit antidumping provisoire et clôturant la procédure en ce qui concerne la Thaïlande, *JOCE* L 15, 20 janvier 1996, p. 30

Règlement (CEE) n° 2887/93 du Conseil, du 20 octobre 1993, imposant un droit antidumping définitif sur les importations de certaines balances électroniques originaires de Singapour et de la république de Corée, *JOCE* L 263, 22 octobre 1993, p. 1

Règlement (CE) n° 2557/94 du Conseil, du 19 octobre 1994, instituant un droit antidumping définitif sur les importations de calcium-métal originaire de la république populaire de Chine et de Russie, *JOCE* L 270, 21 octobre 1994, p. 27

Règlement (CE) n° 2381/95 du Conseil, du 10 octobre 1995, instituant un droit antidumping définitif sur les importations de carbonate disodique originaire des États-Unis d'Amérique et portant perception définitive du droit provisoire, *JOCE* L 244, du 12 octobre 1995, p. 32

Règlement (CE) n° 600/96 du Conseil, du 25 mars 1996, instituant un droit antidumping définitif sur les importations de coumarine originaire de République populaire de Chine, *JOCE* L 86, 4 avril 1996, p. 1

Règlement (CE) n° 119/97 du Conseil, du 20 janvier 1997, instituant un droit antidumping définitif sur les importations de certains mécanismes pour relieur à anneaux originaires de Malaysia et de république populaire de Chine et portant perception définitive des droits provisoires, *JOCE* L 2, 24 janvier 1997, p. 1

Règlement (CE) n° 1786/97 du Conseil du 15 septembre 1997 modifiant le règlement (CE) n° 821/94 instituant un droit antidumping définitif sur les importations de carbure de silicium originaire, entre autres, d'Ukraine, *JOCE* L 254, 17 septembre 1997, p. 6

Règlement (CE) n° 1931/97 du Conseil, du 22 septembre 1997, instituant un droit antidumping définitif sur les importations de zinc non allié sous forme brute originaire de Pologne et de Russie, *JOCE* L 272, 4 octobre 1997, p. 1.

Règlement (CE) n° 1950/97, du 6 octobre 1997, instituant un droit antidumping définitif sur les importations de sacs et sachets de polyéthylène ou de polypropylène originaires d'Inde, d'Indonésie et de Thaïlande et portant perception définitive du droit provisoire, *JOCE L 276*, 9 octobre 1997, p. 1

Règlement (CE) n° 2320/97 du Conseil, du 17 novembre 1997, instituant des droits antidumping définitifs sur les importations de certains tubes et tuyaux sans soudure, en fer ou en acier non allié, originaires de Hongrie, de Pologne, de Russie, de République tchèque, de Roumanie et de la République slovaque, abrogeant le règlement (CEE) n° 1189/93 et clôturant la procédure concernant les importations en provenance de la république de Croatie, *JOCE L 322*, 25 novembre 1997, p. 1

Règlement (CE) n° 393/98 du Conseil, du 16 février 1998, instituant un droit antidumping définitif sur les importations d'éléments de fixation en acier inoxydable et de leurs parties originaires de la République populaire de Chine, d'Inde, de la République de Corée, de Malaisie, de Taïwan et de Thaïlande, *JOCE L 50*, 20 février 1998, p. 1

Règlement (CE) n° 1965/98 du Conseil, du 9 septembre 1998, instituant un droit antidumping définitif sur les importations de polymères polysulfurés originaires des États-Unis d'Amérique et portant perception définitive du droit provisoire, *JOCE L 255*, 19 septembre 1998, p. 1

Règlement (CE) n° 1599/1999 du Conseil, du 12 juillet 1999, instituant un droit compensateur définitif et portant perception du droit provisoire institué sur les fils en acier inoxydable d'un diamètre supérieur à un millimètre originaires de l'Inde, *JOCE L 189*, 22 juillet 1999, p. 1

Règlement (CE) n° 348/2000 du Conseil, du 14 février 2000, instituant un droit antidumping définitif sur les importations de certains tubes et tuyaux sans soudure, en fer ou en acier non allié, originaires de Croatie et d'Ukraine et portant perception définitive du droit provisoire, *JOCE L 45*, 17 février 2000, p. 1

Décision n° 1758/2000/CECA de la Commission, du 9 août 2000, instituant un droit antidumping définitif sur les importations de certains produits plats laminés à chaud en aciers non alliés originaires de la République populaire de Chine, de l'Inde et de Roumanie, portant acceptation d'un engagement en ce qui concerne l'Inde et la Roumanie et portant perception définitive des droits provisoires, *JOCE L 202*, 10 août 2000, p. 21

Règlement (CE) n° 133/2001 du Conseil, du 22 janvier 2001, modifiant le règlement (CE) n° 1567/97 en ce qui concerne la date d'application de certaines mesures antidumping à l'égard des importations de sacs à main en cuir originaires de la République populaire de Chine, *JOCE L 23*, 25 janvier 2001, p. 9

Règlement (CE) n° 1644/2001 du Conseil, du 7 août 2001, modifiant le règlement (CE) n° 2398/97 instituant un droit antidumping définitif sur les importations de linge de lit en coton originaire d'Égypte, de l'Inde et du Pakistan et suspendant son application en ce qui concerne les importations originaires de l'Inde, *JOCE L 219*, 14 août 2001, p. 1

Règlement (CE) n° 160/2002 du Conseil, du 28 janvier 2002, modifiant le règlement (CE) n° 2398/97 instituant un droit antidumping définitif sur les importations de linge de lit en coton originaire d'Égypte, de l'Inde et du Pakistan, et clôturant la procédure en ce qui concerne les importations originaires du Pakistan, *JOCE L 26*, 30 janvier 2002, p. 1

Règlement (CE) n° 215/2002 du Conseil, du 28 janvier 2002, instituant un droit antidumping définitif sur les importations de ferromolybdène originaire de la République populaire de Chine, *JOCE* L 35, 6 février 2002, p. 1

Règlement (CE) n° 658/2002 du Conseil, du 15 avril 2002, instituant un droit antidumping définitif sur les importations de nitrate d'ammonium originaire de Russie, *JOCE* L 102, 18 avril 2002, p. 1

Règlement (CE) n° 769/2002 du Conseil, du 7 mai 2002, instituant un droit antidumping définitif sur les importations de coumarine originaire de République populaire de Chine, *JOCE* L 123, 9 mai 2002, p. 1

Règlement (CE) n° 235/2004 du Conseil, du 10 février 2004, modifiant le règlement (CE) n° 2320/97 instituant des droits antidumping définitifs [...], en ce qui concerne les importations dans la Communauté des produits fabriqués par Petrotub SA et Republica SA, *JOUE* L 40, 12 février 2004, p. 11

Règlement (CE) n° 435/2004 du Conseil, du 8 mars 2004, instituant un droit antidumping définitif et portant perception définitive du droit provisoire institué sur les importations de cyclamate de sodium originaire de la République populaire de Chine et de l'Indonésie, *JOUE* L 72, 11 mars 2004, p. 1

Règlement (CE) n° 436/2004 du Conseil, du 8 mars 2004 portant modification du règlement (CE) n° 1784/2000 instituant un droit antidumping définitif et portant perception définitive du droit provisoire institué sur les importations de certaines accessoires de tuyauterie en fonte malléable originaires du Brésil, de la République tchèque, du Japon, de la République populaire de Chine, de la République de Corée et de la Thaïlande, *JOUE* L 72, 11 mars 2004, p. 15

Règlement (CE) n° 1322/2004 du Conseil, du 16 juillet 2004, modifiant le règlement (CE) n° 2320/97 instituant des droits antidumping définitifs sur les importations de certains tubes et tuyaux sans soudure, en fer ou en acier non allié, originaires, entre autres, de Russie et de Roumanie, *JOUE* L 246, 20 juillet 2004, p. 10

Règlement (CE) n° 1683/2004 du Conseil, du 24 septembre 2004, instituant un droit antidumping définitif sur les importations de glyphosate originaire de la République populaire de Chine, *JOUE* L 303, 30 septembre 2004, p. 1

Règlement (CE) n° 1942/2004 du Conseil, du 2 novembre 2004 instituant un droit antidumping définitif et portant perception définitive du droit provisoire institué sur les importations de contreplaqué d'okoumé originaire de la République populaire de Chine, *JOCE* L 336, 12 novembre 2004, p. 4

Règlement (CE) n° 258/2005 du Conseil, du 14 février 2005, modifiant les mesures antidumping instituées par le règlement n° 348/2000 sur les importations de certains tubes et tuyaux sans soudure, en fer ou en acier non allié, originaires de Croatie et d'Ukraine, *JOUE* L 46, 17 février 2005, p. 7

Règlement (CE) n° 1175/2005 du Conseil, du 18 juillet 2005, instituant un droit antidumping définitif et portant perception définitive du droit provisoire institué sur les importations de carbonate de baryum de la République populaire de Chine, *JOUE* L 189, 21 juillet 2005, p. 15

Règlement (CE) n° 1212/2005 du Conseil, du 25 juillet 2005, instituant un droit antidumping définitif sur les importations de certaines pièces en fonte originaires de République populaire de Chine, *JOUE* L 199, 29 juillet 2005, p. 1

Règlement (CE) n° 366/2006 du Conseil, du 27 février 2006, modifiant le règlement (CE) n° 1676/2001 instituant un droit antidumping définitif sur les importations de feuilles en polyéthylène téréphtalate (PET) originaires, entre autres, de l'Inde, *JOUE* L 6, 8 mars 2006, p. 6

Règlement (CE) n° 954/2006 du Conseil, du 27 juin 2006, instituant un droit antidumping définitif sur les importations de certains tubes et tuyaux sans soudure, en fer ou en acier, originaires de Croatie, de Roumanie, de Russie et d'Ukraine, abrogeant les règlements (CE) n° 2320/97 et (CE) n° 348/2000, clôturant le réexamen intermédiaire et le réexamen au titre de l'expiration des mesures des droits antidumping applicables aux importations de certains tubes et tuyaux sans soudure, en fer ou en acier non allié, originaires, entre autres, de Russie et de Roumanie et clôturant les réexamens intermédiaires des droits antidumping applicables aux importations de certains tubes et tuyaux sans soudure, en fer ou en acier non allié, originaires, entre autres, de Russie et de Roumanie et de Croatie et d'Ukraine, *JOUE* L 175, 29 juin 2006, p. 4

Règlement (CE) n° 682/2007 du Conseil, du 18 juin 2007, instituant un droit antidumping définitif et portant perception définitive du droit provisoire institué sur les importations de certaines préparations ou conserves de maïs doux en grains originaires de Thaïlande, *JOUE* L 159, 20 juin 2007, p. 14

Règlement (CE) n° 1420/2007 du Conseil, du 4 décembre 2007, instituant un droit antidumping définitif sur les importations de silicomanganèse originaires de la République populaire de Chine et du Kazakhstan et clôturant la procédure concernant les importations de silicomanganèse originaires d'Ukraine, *JOUE* L 317, 5 décembre 2007, p. 5

Règlement (CE) n° 1184/2007 du Conseil, du 9 octobre 2007, pour l'établissement d'un droit antidumping définitif et la perception définitive du droit provisoire imposé sur les importations de peroxosulfates (persulfates) originaires des États-Unis d'Amérique, de la République populaire de Chine et de Taïwan, *JOUE* L 265, 11 octobre 2007, p. 1

Règlement (CE) n° 1193/2008 du Conseil, du 1^{er} décembre 2008, instituant un droit antidumping définitif et portant perception définitive du droit provisoire institué sur les importations d'acide citrique originaire de la République populaire de Chine, *JOUE* L 323, 3 décembre 2008, p. 1

Règlement (CE) n° 1256/2008 du Conseil, du 16 décembre 2008, instituant un droit antidumping définitif sur les importations de certains tubes et tuyaux soudés, en fer ou en acier non allié, originaires du Belarus, de la République populaire de Chine et de Russie, notamment, *JOUE* L 343, 19 décembre 2008, p. 1

Règlement (CE) n° 91/2009 du Conseil du 26 janvier 2009, instituant un droit antidumping définitif sur les importations de certains éléments de fixation en fer ou en acier originaires de la République populaire de Chine, *JOUE* L 29, 31 janvier 2009, p. 1

Règlement (CE) n° 383/2009 du Conseil, du 5 mai 2009, instituant un droit antidumping définitif et portant perception du droit provisoire institué sur les importations de certains câbles et torons de pré- et postcontrainte en acier non allié (câbles et torons PSC) originaires de la République populaire de Chine, *JOUE* L 118, 13 mai 2009, p. 1

Règlement (CE) n° 393/2009 du Conseil, du 11 mai 2009, instituant un droit antidumping définitif et portant perception définitive du droit provisoire institué sur les importations de certains types de bougies, chandelles, cierges et articles similaires originaires de la République populaire de Chine, *JOUE* L 119, 14 mai 2009, p. 1

Règlement d'exécution (UE) n° 1294/2009 du Conseil du 22 décembre 2009 instituant un droit antidumping définitif sur les importations de certaines chaussures à dessus en cuir originaires du Viêt Nam et de la République populaire de Chine, *JOUE L 352*, 30 décembre 2009, p. 1

Règlement d'exécution (UE) n° 54/2010 du Conseil, du 19 janvier 2010, instituant un droit antidumping définitif sur les importations d'éthanolamines originaires des États-Unis d'Amérique, *JOUE L 17*, 22 janvier 2010, p. 1

Règlement d'exécution (UE) n° 1241/2010 du Conseil, du 20 décembre 2010, modifiant le règlement (CE) n° 452/2007 instituant un droit antidumping définitif sur les importations de planches à repasser originaires, entre autres, de la République populaire de Chine, *JOUE L 338*, 22 décembre 2010, p. 8

Règlement d'exécution (UE) n° 82/2011 du Conseil, du 31 janvier 2011, instituant un droit antidumping définitif sur les importations de contreplaqué d'okoumé originaire de la République populaire de Chine à la suite d'un réexamen au titre de l'expiration des mesures conformément à l'article 11, paragraphe 4, du règlement de base, et clôturant un réexamen intermédiaire partiel conformément à l'article 11, paragraphe 3, dudit règlement, *JOUE L 28*, 2 février 2011, p. 1

Règlement d'exécution (UE) n° 792/2011 du Conseil, du 5 août 2011, instituant un droit antidumping définitif et portant perception définitive du droit provisoire institué sur les importations de certains mécanismes pour reliure à anneaux originaires de Thaïlande, *JOUE L 204*, 9 août 2011, p. 11

Règlement d'exécution (UE) n° 412/2013 du Conseil, du 13 mai 2013, instituant un droit antidumping définitif et portant perception définitive du droit provisoire institué sur les importations d'articles en céramique pour la table et la cuisine originaires de la République populaire de Chine, *JOUE L 131*, 15 mai 2013, p. 1

Règlement d'exécution (UE) n° 1238/2013 du Conseil, du 2 décembre 2013, instituant des droits définitifs sur les importations chinoises de panneaux solaires pour une durée de deux ans, en raison du caractère fluctuant du marché concerné, *JOUE L 325*, 5 décembre 2013, p. 1

C. ENGAGEMENTS

Décision n° 94/293/CE de la Commission, du 13 avril 1994, portant acceptation d'engagements offerts dans le cadre de la procédure antidumping concernant les importations de nitrate d'ammonium originaire de Lituanie et de Russie, *JOCE L 129*, 21 mai 1994, p. 24.

Décision n° 97/790/CE de la Commission du 24 octobre 1997, portant acceptation des engagements offerts dans le cadre de la procédure antidumping concernant les importations de certains tubes et tuyaux sans soudure, en fer ou en acier non allié, originaires de Hongrie, de Pologne, de République tchèque, de Roumanie et de la République slovaque et abrogeant la décision 93/260/CEE, *JOCE L 322*, 25 novembre 1997, p. 63

Décision n° 2007/424/CE de la Commission, du 18 juin 2007, portant acceptation des engagements offerts dans le cadre de la procédure antidumping concernant les importations de certains préparations ou conserves de maïs doux en grains originaires de Thaïlande, *JOUE L 159*, 20 juin 2007, p. 42

Décision n° 2013/423/UE de la Commission, du 2 août 2013, portant acceptation d'un engagement offert dans le cadre de la procédure antidumping concernant les importations de modules photovoltaïques en silicium cristallin et leurs composants essentiels (cellules et wafers) originaires ou en provenance de République populaire de Chine, *JOUE L 209*, 3 août 2013, p. 26

Décision d'exécution n° 2013/707/UE de la Commission, du 4 décembre 2013, confirmant l'acceptation d'un engagement offert dans le cadre des procédures antidumping et antisubventions concernant les importations de modules photovoltaïques en silicium cristallin et leurs composants essentiels (cellules) originaires ou en provenance de République populaire de Chine pour la période d'application des mesures définitives, *JOUE L 325*, 5 décembre 2013, p. 214

D. CLÔTURE

Décision n° 83/126/CEE de la Commission, du 30 mars 1983, portant clôture de la procédure anti-« dumping » concernant les importations d'appareil d'enregistrement ou de reproduction des images et du son en télévision originaires du Japon, *JOCE L 86*, 31 mars 1983, p. 23.

Décision n° 83/334/CECA de la Commission, du 4 juillet 1983, portant clôture de la procédure anti-« dumping » concernant certains profilés en U ou en I, en fer ou en acier, originaires d'Afrique du Sud, *JOCE L 181*, 6 juillet 1983, p. 26

Décision n° 91/142/CEE de la Commission, du 15 mars 1991, portant clôture de la procédure antidumping concernant les importations de saumon de l'Atlantique originaires de Norvège, *JOCE L 69*, 16 mars 1991, p. 32

Décision n° 93/526/CEE de la Commission, du 6 octobre 1993, portant clôture de la procédure antidumping concernant les importations de certains tubes et tuyaux sans soudure, en fer ou en acier non allié, originaires de la République tchèque et de la République slovaque, *JOCE L 252*, 9 octobre 1993, p. 39

Règlement (CE) n° 2239/2003 du Conseil, du 17 décembre 2003, clôturant le réexamen intermédiaire partiel et le réexamen au titre de l'expiration des mesures antidumping instituées par le règlement (CE) n° 2398/97 sur les importations de linge de lit en coton originaire, entre autres, de l'Inde, *JOUE L 333*, 20 décembre 2003, p. 3

Règlement (CE) n° 238/2008 du Conseil, du 10 mars 2008, clôturant le réexamen intermédiaire partiel, effectué au titre de l'article 11, paragraphe 3, du règlement (CE) n° 384/96, du droit antidumping institué sur les importations de solutions d'urée et de nitrate d'ammonium originaires de Russie, *JOUE L 75*, 18 mars 2008, p. 14

VIII. PRINCIPALES DÉCISIONS ANTITRUST VISÉES

(dans l'ordre des numéros des décisions)

Décision n° 72/403/CEE de la Commission, du 23 novembre 1972, relative à une procédure d'application de l'article 85 du traité CEE (IV/26894 – *Pittsburgh Corning*)

Europe – Formica Belgium – Hertel, IV/26876 et 26892), *JOCE* L 272, 5 décembre 1972, p. 35.

Décision n° 74/292/CEE de la Commission du 15 mai 1974, relative à une procédure d'application de l'article 85 du traité CEE (IV/400 – *accords entre fabricants de verre d'emballage*), *JOCE* L 160, 17 juin 1974, p. 1

Décision n° 75/77/CEE de la Commission, du 8 janvier 1975, relative à une procédure d'application de l'article 85 du traité CEE (IV/27.039 – *Conserves de champignons*), *JOCE* L 29, 3 février 1975, p. 26

Décision n° 75/497/CEE de la Commission, du 15 juillet 1975 relative à une procédure au titre de l'article 85 du traité CEE (IV/27.000 – *règles IFTRA pour les producteurs d'aluminium brut*), *JOCE* L 228, 29 août 1975, p. 3

Décision n° 76/353/CEE de la Commission, du 17 décembre 1975, relative à une procédure d'application de l'article 86 du traité CEE (IV/26 699 – *Chiquita*), *JOCE* L 95, 9 avril 1976, p. 1

Décision n° 78/163/CEE de la Commission, du 20 décembre 1977, relative à une procédure d'application de l'article 85 du traité CEE (IV/28.282 – *The Distillers Company Limited - Conditions de vente et conditions de prix*), *JOCE* L 50, 22 février 1978, p. 16

Décision n° 80/182/CEE de la Commission, du 28 novembre 1979, relative à une procédure d'application de l'article 85 du traité CEE (IV/29.672 – *Floral*), *JOCE* L 39 du 15 février 1980, p. 51

Décision n° 84/405/CEE de la Commission, du 6 août 1984, relative à une procédure d'application de l'article 85 du traité CEE (IV/30.350 – *Zinc Producer Group*), *JOCE* L 220, 17 août 1984, p. 27

Décision n° 85/206/CEE de la Commission, du 19 décembre 1984, relative à une procédure d'application de l'article 85 du traité CEE (IV/26.870 – *Importations d'aluminium d'Europe de l'Est*), *JOCE* L 92, 30 mars 1985, p. 1

Décision n° 85/609/CEE de la Commission, du 14 décembre 1985, relative à une procédure d'application de l'article 86 du traité CEE (IV/30.698 – *ECS/AKZO Chemie*), *JOCE* L 374, 31 décembre 1985, p. 1

Décision n° 88/138/CEE de la Commission, du 22 décembre 1987, relative à une procédure d'application de l'article 86 du traité CEE (IV/30.787 et 31.488 – *Eurofix-Bauco/Hilti*), *JOCE* L 65, 11 mars 1988, p. 19

Décision n° 88/518/CEE de la Commission, du 18 juillet 1988, relative à une procédure d'application de l'article 86 du traité CEE (IV/30.178 – *Napier Brown – British Sugar*), *JOCE* L 284, 19 octobre 1988, p. 41

Décision n° 91/297/CEE de la Commission, du 19 décembre 1990, relative à une procédure d'application de l'article 85 du traité CEE (IV/33.133-A : *Carbonate de soude – Solvay, ICI*), *JOCE* L 152, 15 juin 1991, p. 1

Décision n° 91/299/CEE de la Commission, du 19 décembre 1990, relative à une procédure d'application de l'article 86 du traité CEE (IV/33.133-C : *Carbonate de soude – Solvay*), *JOCE* L 152, 15 juin 1991, p. 21

Décision n° 91/300/CEE de la Commission, du 19 décembre 1990, relative à une procédure d'application de l'article 86 du traité CEE (IV/33.133-D : *Carbonate de soude – ICI*), *JOCE* L 152, 15 juin 1991, p. 40

Décision n° 92/157/CEE de la Commission, du 17 février 1992, relative à une procédure d'application de l'article 85 du traité CEE (IV/31.370 et 31.446 – *UK Agricultural Tractor Registration Exchange*), *JOCE* L 68, 13 mars 1992, p. 19

Décision n° 92/163/CEE de la Commission du 24 juillet 1991, relative à une procédure d'application de l'article 86 du traité CEE (IV/31.043 – *Tetra Pak II*), *JOCE* L 72, 18 mars 1992, p. 1

Décision n° 92/444/CEE de la Commission, du 30 juillet 1992, relative à une procédure d'application de l'article 85 du traité CEE (IV/33.494 – *Scottish Salmon Board*), *JOCE* L 246, 27 août 1992, p. 37

Décision n° 93/82/CEE de la Commission, du 23 décembre 1992, relative à une procédure d'application de l'article 85 du traité CEE (IV/32.448 et IV/32.450: *Cewal, Cowac, Ukwal*) et de l'article 86 du traité CEE (IV/32.448 et IV/32.450: *Cewal*), *JOCE* L 34, 10 février 1993, p. 20

Décision n° 96/478/CE de la Commission, du 10 janvier 1996, relative à une procédure d'application de l'article 85 du traité CE (IV/34.279/F3 – *ADALAT*), *JOCE* L 201, 9 août 1996, p. 1

Décision de la Commission du 7 novembre 1996, rejet de plainte, IV/35151/E-1 *IPS c/ Péchiney Electrometallurgie* (non publiée)

Décision n° 97/624/CE de la Commission, du 14 mai 1997, relative à une procédure d'application de l'article 86 du traité CE (IV/34.621, 35.059/F-3 – *Irish Sugar plc*), *JOCE* L 258, 22 septembre 1997, p. 1

Décision n° 98/4/CECA de la Commission, du 26 novembre 1997, relative à une procédure d'application de l'article 65 du traité CECA (IV/36.069 – *Wirtschaftsvereinigung Stahl*), *JOCE* L 1, 3 janvier 1998, p. 10

Décision n° 98/247/CECA de la Commission, du 21 janvier 1998, relative à une procédure d'application de l'article 65 du traité CECA (IV/35.814 – *Extra d'alliage*), *JOCE* L 100, 1^{er} avril 1998, p. 55

Décision n° 98/273/CE de la Commission, du 28 janvier 1998, relative à une procédure d'application de l'article 85 du traité CE (IV/35.733 – *VW*), *JOCE* L 124, 25 avril 1998, p. 60

Décision n° 98/513/CE de la Commission, du 11 juin 1998, relative à une procédure d'application de l'article 86 du traité (IV/35.613 – *Alpha Flight Services/Aéroports de Paris*), *JOCE* L 230, 18 août 1998, p. 10

Décision n° 98/531/CE de la Commission, du 11 mars 1998, relative à une procédure d'application des articles 85 et 86 du traité (IV/34.073, IV/34.395 et IV/35.436 – *Van den Bergh Foods Limited*), *JOCE* L 246, 4 septembre 1998, p. 1

Décision n° 1999/199/CE, du 10 février 1999, relative à une procédure d'application de l'article 90 du traité (IV/35.703 – *Aéroports portugais*), *JOCE* L 69, 16 mars 1999, p. 31

Décision de la Commission du 21 avril 1999, rejet de plainte, IV.E-1/36.930 *Isibars Ltd et Viraj Impoexpo* (non publiée)

Décision n° 2000/521/CE de la Commission, du 26 juillet 2000, relative à une procédure d'application de l'article 86, paragraphe 3, du traité CE (*Aéroports espagnols*), *JOCE* L 208, 18 août 2000, p. 36

Décision n° 2001/354/CE de la Commission, du 20 mars 2001, relative à une procédure d'application de l'article 82 du traité CE (COMP/35.141 – *Deutsche Post AG*), *JOCE* L 125, 5 mai 2001, p. 27

Décision n° 2001/791/CE de la Commission, du 8 mai 2001, relative à une procédure d'application de l'article 81 du traité CE (IV/36.957/F3 *Glaxo Wellcome* (notification), IV/36.997/F3 *Aseprofar et Fedifar* (plainte), IV/37.121/F3 *Spain Pharma* (plainte), IV/37.138/F3 *BAI* (plainte) et IV/37.380/F3 *EAEP* (plainte)), *JOCE* L 302, 17 novembre 2001, p. 1

Décision n° 2001/892/CE, de la Commission, du 25 juillet 2001, relative à une procédure d'application de l'article 82 du traité CE (COMP/C-1/36.915 – *Deutsche Post AG – Interception de courrier transfrontière*), *JOCE* L 331, 15 décembre 2001, p. 40

Décision n° 2002/271/CE de la Commission, du 18 juillet 2001, relative à une procédure d'application de l'article 81 du traité CE et de l'article 53 de l'accord EEE (COMP/E-1/36.490 – *Électrodes de graphite*), *JOCE* L 100, 16 avril 2002, p. 1

Décision n° 2002/405/CE de la Commission, du 20 juin 2001, relative à une procédure d'application de l'article 82 du traité CE (COMP/E-2/36.041/PO – *Michelin*), *JOCE* L 143, 31 mai 2005, p. 1

Décision n° 2002/742/CE de la Commission, du 5 décembre 2001, relative à une procédure au titre de l'article 81 du traité CE et de l'article 53 de l'accord EEE (COMP/E-1/36.604 – *Acide citrique*), *JOCE* L 239, 6 septembre 2002, p. 18

Décision n° 2003/7/CE de la Commission, du 13 décembre 2000, relative à une procédure d'application de l'article 82 du traité CE (COMP/33.133 – *D. Carbonate de soude – ICI*), *JOCE* L 10, 15 janvier 2003, p. 33

Décision n° 2003/382/CE de la Commission, du 8 décembre 1999, relative à une procédure d'application de l'article 81 du traité CE (IV/E-1/35.860-B – *Tubes d'acier sans soudure*), *JOUE* L 140, 6 juin 2003, p. 1

Décision n° 2003/707/CE de la Commission, du 21 mai 2003, relative à une procédure d'application de l'article 82 du traité CE (COMP/C-1/37.451, 37.578, 37.579 – *Deutsche Telekom AG*), *JOUE* L 263, 14 octobre 2003, p. 9

Décision de la Commission du 16 juillet 2003, relative à une procédure d'application de l'article 82 du traité CE (COMP/38.233 – *Wanadoo Interactive*) (non publiée)

Décision de la Commission du 20 octobre 2004, relative à une procédure d'application de l'article 86, paragraphe 3, du traité CE (COMP/38.745 – *BdKEP – Deutsche Post AG + Bundesrepublik Deutschland*) (*restrictions dans le domaine du routage postal*) (non publiée)

Décision de la Commission du 2 juin 2004, relative à une procédure d'application de l'article 82 du traité CE (COMP/38.096 – *Clearstream (compensation et règlement)*), *JOUE* C 265, 17 juillet 2009, p. 7 (résumé)

Décision n° 2005/471/CE de la Commission, du 27 novembre 2002, relative à une procédure d'application de l'article 81 du traité CE (COMP/E-1/37.152 – *Plaques en plâtre*), *JOUE* L 166, 28 juin 2005, p. 8

Décision de la Commission du 29 mars 2006, relative à une procédure d'application de l'article 82 du traité CE et de l'article 54 de l'accord EEE (COMP/E-1/38.113 – *Prokent/Tomra*), *JOUE* C 219, 28 août 2008, p. 11 (résumé)

Décision de la Commission du 4 juillet 2007, relative à une procédure d'application de l'article 82 du traité CE (COMP/38.784 – *Wanadoo España contre Telefónica*), *JOUE* C 83, 2 avril 2008, p. 6 (résumé)

Décision de la Commission du 15 octobre 2008, relative à une procédure d'application de l'article 81 du traité CE (COMP/39.188 – *Bananes*), *JOUE* C 189, 12 août 2009, p. 12 (résumé)

Décision de la Commission du 30 juin 2010, relative à une procédure d'application de l'article 101 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne et de l'article 53 de l'accord EEE (COMP/38.344 – *Acier de précontrainte*), *JOUE* C 339, 19 novembre 2011, p. 7 (résumé)

Décision de la Commission du 12 octobre 2011, relative à une procédure d'application de l'article 101 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (COMP/39.482 — *Fruits exotiques (bananes)*), *JOUE* C 64, 3 mars 2012, p. 10 (résumé)

IX. RÉSOLUTIONS, RECOMMANDATIONS, RAPPORTS, COMMUNICATIONS, LIGNES DIRECTRICES, PROPOSITIONS

(par ordre chronologique)

COMMUNAUTÉ EUROPÉENNE / UNION EUROPÉENNE

Parlement européen

Parl. eur., *Résolution sur la pratique du dumping et l'Europe menacée par la concurrence sauvage*, *JOCE* C 108, 8 mai 1978, p. 21

Parl. eur., *Résolution sur les actions anti-« dumping » de la Communauté* du 16 décembre 1981, *JOCE* C 11, 18 janvier 1982, p. 37

Parl. eur., *Rapport de Mme Jacqueline THOME-PATENOTRE, fait au nom de la Commission des relations économiques extérieures sur les mesures anti-dumping et anti-subsidations ainsi que les problèmes annexes du commerce extérieur*, document de séance A 2-73/86, 3 juillet 1986

Parl. eur., *Résolution sur les mesures anti-dumping et anti-subsidations ainsi que les problèmes annexes du commerce extérieur*, 6 octobre 1986, *JOCE* C 283, 10 novembre 1986, p. 16

Parl. eur., *Rapport de la Commission des relations économiques extérieures sur la politique antidumping de la Communauté européenne*, M. GIJS DE VRIES, document de séance A3-0336/90, 30 novembre 1990

Parl. eur., *Résolution sur la politique antidumping de la Communauté européenne*, 14 décembre 1990, *JOCE* C 19, 28 janvier 1991, p. 633

Parl. eur., *Résolution sur les licenciements et le « dumping social » dans les entreprises multinationales*, 22 février 1993, *JOCE* C 72, 15 mars 1993, p. 117

Parl. eur., *Résolution sur le rapport annuel de la Commission au Parlement européen sur les activités antidumping, antisubventions et de sauvegarde des pays tiers à l'encontre de la Communauté (2004)*, (2006/2136(INI)), 25 octobre 2006

Parl. eur., *Résolution sur les conséquences de l'arrêt de la Cour du 13 septembre 2005 (C-176/03 Commission/Conseil)*, (2006/2007 (INI)), *JOUE* C 300 E, 9 décembre 2006, p. 255

Parl. eur., *Rapport sur le rapport annuel de la Commission au Parlement européen sur les activités antidumping, antisubventions et de sauvegarde des pays tiers à l'encontre de la Communauté (2004)*, (2006/2136(INI)), Commission du commerce international, Cristiana MUSCARDINI, 13 juillet 2006, document de séance A6-0243/2006

Parl. eur., *Résolution sur les relations UE-Chine*, (2005/2161(INI)), *JOUE* C 305 E, 14 décembre 2006, p. 219

Parl. eur., *Résolution du 22 mai 2007 sur l'Europe mondialisée : aspects extérieurs de la compétitivité*, (2006/2292(INI)), *JOUE* C 102 E, 24 avril 2008, p. 128

Parl. eur., *Résolution du 24 avril 2008 sur la voie d'une réforme de l'Organisation mondiale du commerce*, (2007/2184(INI)), *JOUE* C 259 E, 29 octobre 2009, p. 77

Parl. eur., *Résolution du Parlement européen du 25 novembre 2010 sur les droits de l'homme et les normes sociales et environnementales dans les accords commerciaux internationaux*, (2009/2219(INI)), *JOUE* C 99 E, 3 avril 2012, p. 31

Parl. eur., *Résolution du Parlement européen du 25 novembre 2010 sur les politiques commerciales internationales dans le cadre des impératifs dictés par les changements climatiques*, (2010/2103(INI)), *JOUE* C 99 E, 3 avril 2012, p. 94

Commission européenne

Comm. eur., *Guide de la législation communautaire à l'encontre des pratiques de dumping et de subventions*, septembre 1988 (non publié, reproduit in : VOILLEMOT (Dominique), *La réglementation CEE anti-dumping et anti-subsidations*, Paris, Joly éditions, 1993, 270 p., p. 227-237)

Comm. eur. *The Community Interest in Anti-dumping Proceedings, Copy of the original guidelines sent to Commissioners, Member States and other interested parties in December 1996*

Comm. eur., *Communication de la Commission sur la définition du marché en cause aux fins du droit communautaire de la concurrence*, *JOCE* C 372, 9 décembre 1997, p. 5

Comm. eur., *Communication de la Commission concernant les accords d'importance mineure qui ne restreignent pas sensiblement le jeu de la concurrence au sens de l'article 81, paragraphe 1, du traité instituant la Communauté européenne (de minimis)*, *JOCE* C 368, 22 décembre 2001, p. 13

Comm. eur., *Livre vert, L'Europe dans le monde – Les instruments de défense commerciale de l'Europe dans une économie mondiale en mutation*, 6 décembre 2006, COM(2006) 763 final

Comm. eur., *Orientations sur les priorités retenues par la Commission pour l'application de l'article 82 du traité CE aux pratiques d'éviction abusives des entreprises dominantes*, JOUE C 45, 24 février 2009, p. 7

Comm. eur., *Lignes directrices sur l'applicabilité de l'article 101 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne aux accords de coopération horizontale*, JOUE C 11, 14 janvier 2011, p. 1

Comm. eur., *Le conseiller auditeur de la DG commerce, Un médiateur indépendant garant de la bonne administration dans les procédures commerciales*, 2011 (brochure disponible à l'adresse :

http://bookshop.europa.eu/fr/le-conseiller-auditeur-de-la-dg-commerce-pbNG301_1056/)

Comm. eur., *Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil, modifiant le règlement (CE) n° 1225/2009 du Conseil*, 10 avril 2013, COM(2013) 192 final

Comm. eur., *Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen, relative à la modernisation des instruments de défense commerciale – Adapter les instruments de défense commerciale aux besoins actuels de l'économie européenne*, 10 avril 2013, COM(2013) 191 final

Comm. eur., *DG Trade Working Document – Draft Guidelines on Union Interest*, avril 2013

OCDE

OCDE, *Competition and Trade Policies, Their Interaction*, 1984, 132 p.

OCDE, *Recommandation du Conseil relative à la coopération entre pays Membres dans les domaines de conflit potentiel entre politique de la concurrence et politique commerciale*, 23 octobre 1986 (C(86)65(final))

OCDE, *CLP report on positive comity*, 1999, 30 p.

OCDE, *Qu'est-ce que la concurrence par les mérites*, Synthèses, octobre 2006, 8 p.

OCDE, Table ronde, *Predatory Foreclosure*, 2004, 279 p.

OCDE, Table ronde, *Competition on the Merits*, 2005, 302 p.

OCDE, Table ronde, *Market Definition*, 2012, 441 p.

Autres

MAYER, BROWN, ROWE & MAW LLP, *Evaluation of EC Trade Defence Instruments – Final report*, décembre 2005

BKP DEVELOPMENT RESEARCH & CONSULTING, *Evaluation of the European Union's Trade Defence Instruments, Final Evaluation Study*, février 2012

INDEX ALPHABÉTIQUE

(Les chiffres renvoient aux numéros de paragraphes)

– A –

Abus de position dominante : 41, 46, 51 et s., 81 et s., 87, 124, 147, 224, 230, 457, 462, 486, 489

Ajustements : 214-215, 305, 312 et s., 358, 362 et s., 373 et s., 409, 572-573

Amendement Byrd : 435

Autonomie de comportement sur le marché : 79, 169 et s., 172, 182, 205

– B –

Biais protectionnistes : 278, 281-282, 287, 312, 328, 350, 351, 383, 384, 415-418, 571, 573

– C –

Causalité (lien de ~) : 344-348, 413, 483, 485 et s., 537 et s., 573-574

Clause d'intérêt public : v. intérêt de l'Union

Charte de La Havane : 3, 76, 121, 420

Comité antidumping : 110, 113 et s., 132, 540, 542, 574

Comité d'appel : 110, 114, 540, 574

Communications / lignes directrices : 9, 403 et s., 568, 573

Comparaison équitable : v. marge de dumping

Compétence exclusive : 15, 92 et s., 118 et s.

Compétence antidumping d'exécution

- Conseil : 106-111, 113, 131, 135, 540

- Commission européenne : 106, 107, 109, 112, 131, 540

- États membres : 112 et s.

Concurrence libre (*free competition*) :

7, 11, 16, 20, 22, 23, 55, 77, 84, 85, 136, 276, 277, 417, 419, 420, 474 et s., 496, 500, 530, 566

Concurrence loyale (*fair competition*) :

11, 16, 20, 22, 23, 55, 58, 59 et s., 63 et s., 77, 79-80, 81-82, 85-86, 87-88, 89, 136, 277, 282, 417-419, 566

Conseiller-auditeur (commerce) : 552, 555

Contrôle juridictionnel :

- étendue : 117, 350

- recevabilité : 562

Coûts :

- coûts évitables moyens (CEM) : 255, 269

- coûts incrémental moyens (CIM) : 255, 269

- coûts marginaux moyens à long terme (CMMLT) : 256, 269

- coûts variables moyens (CVM) : 253 et s., 261 et s., 269, 406, 570, 572
- coûts totaux moyens (CTM) : 240, 247, 252 et s., 269-270, 297, 406, 570, 572
- coûts totaux moyens augmentés d'un bénéfice raisonnable (CTMAMBR) : 240, 248-249, 269, 270, 297, 308

Cumul (importations / préjudice) : 27, 201-203, 342, 410, 503, 572

Cycle de Doha : 4, 12, 76, 386 et s., 505, 511, 554, 557, 561

- D -

Discipline antidumping / encadrement multilatéral : 5, 99-101, 352, 385-399, 420

Discrimination de prix : 207, 209 et s., 218, 219 et s., 242, 272, 440, 442

Domage : v. préjudice

Droit antidumping : v. mesures antidumping

Droit moindre : v. règle du droit moindre

Dumping :

- à perte : 239 et s., 246 et s., 250 et s., 269-271, 272-274, 570
- ciblé : 365
- de prix (ou ordinaire) : 6
- discriminatoire : 207 et s., 221-222, 227-228, 233, 238, 241, 246
- environnemental : 6
- fiscal : 6
- intracommunautaire : 2, 69, 209
- monétaire : 6
- social : 6
- occulte : 306

- E -

Échange d'information : 464 et s., 468, 471, 487

Échantillonnage : 380, 527, 572

EEE : 70-71, 73, 74, 76

Effet de ciseaux tarifaire (abus de compression des marges) : 265

Ententes (antitrust) : 41, 46, 48 et s., 79 et s., 124, 147, 170 et s., 178 et s., 226, 445-446, 460-461

Ententes antidumping : 477 et s.

Entité collective : 172 et s., 176, 183, 187, 203

- F -

Frais de production : 301, 358

Frais VAG (*frais de ventes, dépenses administratives et autres frais généraux*) : 301, 359, 371-372

- I -

Industrie de l'Union : 24 et s., 35 et s., 95, 152, 190 et s., 334 et s., 338 et s., 345, 411, 429, 453-455, 572

Industrie régionale : 30, 95, 163, 335, 441, 542

Intégration des marchés : 40, 46

Intérêt de l'Union / intérêt communautaire : 31, 32 et s., 35 et s., 108, 275, 413, 420, 489 et s., 506 et s., 533-536, 560, 563, 573-574

Interprétations admissibles : 101, 397, 401

- L -

Liberté de la concurrence : v. concurrence libre

Loyauté de/dans la concurrence : v. concurrence loyale

Lien de causalité : v. causalité

Liens entre entreprises impliquées dans le dumping : 188 et s.

– M –

Marché pertinent (antitrust) : 140-141, 165

- de produits / services : 144 et s.159
- géographique : 159 et s.

Marché commercial (antidumping) : 140-141, 165

- produits concerné et similaire : 150 et s.
- géographique : 161 et s.

Marge bénéficiaire raisonnable : 246, 248, 270, 301, 359, 371

Marge de dumping

- notion : 213, 284, 311, 325 et s., 365 et s., 374 et s., 510, 570
- méthodes symétriques et méthode asymétrique : 326-327, 365-367, 374 et s.
- comparaison équitable : 214, 313, 314 et s., 320, 362, 373, 409, 572
- réduction à zéro : 327, 365-368, 374-376, 391, 398, 405, 572

Marge de préjudice

- notion : 285, 341, 404, 484, 512, 525
- réduction à zéro : 341

Mesures antidumping

- généralités : 67, 70, 109, 110, 113, 116, 186, 426, 428 et s., 510 et s., 525 et s.
- droits provisoires : 522 et s.
- droits définitifs : 516 et s.
- engagements : 436-448

Mesures grises (ou mesures de zone grise) : 475 et s.

Mesure particulière contre le dumping : 435

– N –

Navires de combat : 264

– O –

Opération commerciale normale : 241-242, 293, 295 et s., 357

Opération de démarrage : 244, 301, 358

– P –

Parties liées / associées / affiliées : 189, 296, 394, 406, 572

Parties intéressées : 36, 107, 390, 454, 523, 545-563

Plainte antidumping

- en général : 452 et s., 467 et s.
- recevabilité : 334, 412, 453
- recours abusif/illicite : 457-458, 460-462, 467-468

Pouvoir de marché :

- antitrust : 174-181
- antidumping : 193-203

Préjudice

- facteurs de préjudice : 340, 381 et s., 470
- autres facteurs de préjudice : 346-347, 485-488, 537-538, 574
- préjudice grave : 27, 338, 399
- préjudice important : 26-28, 185, 193 et s., 329, 337 et s., 377 et s., 392, 483 et s., 537 et s., 570
- préjudice négligeable : 27, 338-339, 503 et s., 572

Prix à l'exportation : 151, 206, 210, 213 et s., 239, 245, 246, 284, 303, 304 et s., 306 et s., 309 et s., 314 et s., 360 et s., 429, 440, 572-573

Prix discriminatoires (antitrust) : 207, 219-220

- géographiques : 222-228
- non géographiques : 229-233

- sur base de nationalité : 232

Prix limite : 268

Prix prédateurs : 252-260, 269-273, 570

Produit concerné et produit similaire : 141, 150-157, 165-166, 287, 331 et s.

– R –

Rabais, remises : 215, 219, 231, 238, 263, 266, 323, 364

Réduction à zéro (*zeroing*) : v. marge de dumping et marge de préjudice

Réexamens : 492 et s.

- à l'expiration : 404, 519, 563, 568
- intermédiaire : 495, 520, 537, 541, 563, 568, 574
- nouvel exportateur : 529
- conformément au règlement (CE) n° 1515/2001 : 103

Règlement des différends : 102 et s., 369 et s., 352

Règle du droit moindre : 12, 338, 440, 441, 510 et s., 523, 564, 568

Remède antitrust : 433 et s.

Réparation du préjudice : 54, 134, 434-435

Rétroactivité des mesures : 516-518

– S –

Seuils de minimis

- antitrust : 179, 505
- antidumping : 339, 379, 392, 430, 503 et s., 572

Sous-cotation des prix : 197, 339, 470, 484

– V –

Valeur normale : 61, 206, 210 et s., 213 et s., 241 et s., 248 et s., 284, 288 et s., 301 et s., 314 et s., 356 et s., 371 et s., 407, 572-573

Ventes à perte : 240, 244, 246-248, 297-300, 308, 357, 372, 394

Volumes des importations : 339, 505



Résumé :

Le droit de l'Union européenne appréhende les comportements d'entreprises en matière de prix par des règles antitrust et par une législation contre le dumping. Ces deux réglementations diffèrent à de nombreux égards. Elles poursuivent des objectifs différents : défense des intérêts de certains concurrents européens *versus* promotion de la libre concurrence au bénéfice des consommateurs. Cependant, toutes deux contribuent à protéger la loyauté de la concurrence (*i.e.* promotion d'une certaine homogénéité des conditions de concurrence). Elles appréhendent des pratiques tarifaires différentes : les marchés concernés sont définis différemment (produit concerné exporté depuis un pays tiers et produit similaire fabriqué par l'industrie de l'Union *versus* marché de produit et marché géographique en cause) et les caractéristiques des entreprises concernées sont également différentes (aucune forme d'accord entre entreprises ou de pouvoir de marché minimum requis par la législation antidumping) ; le dumping discriminatoire n'équivaut à aucun prix discriminatoire anticoncurrentiel, et le dumping à perte n'est pas l'équivalent du prix prédateur ni de tout autre prix bas anticoncurrentiel. Nonobstant leurs différences, les deux réglementations doivent coexister paisiblement. Pourtant, les opportunités de biais protectionnistes dans la détermination du dumping préjudiciable sont toujours nombreuses dans la législation antidumping et la pratique de la Commission. En outre, la mise en œuvre de la législation antidumping peut être néfaste pour la concurrence dans le marché intérieur *via* l'incidence des procédures et des mesures antidumping et les effets anticoncurrentiels de certains comportements d'entreprises dans le cadre des procédures antidumping ou environnant ces dernières. De telles incidences nocives pour la concurrence sont déjà réduites par des dispositions telles que la règle du droit moindre et la clause d'intérêt public (intérêt de l'Union), mais pourraient et devraient l'être davantage.

Descripteurs : Union européenne, action antidumping, droit de la concurrence, dumping discriminatoire/à perte, prix discriminatoires/prédateurs, intérêt de l'Union, biais protectionnistes, incidences nocives pour la concurrence des procédures et mesures antidumping

Title and Abstract :

Anti-dumping action and competition law in the European Union

European Union law addresses pricing practices of undertakings through antitrust provisions and an anti-dumping legislation. These two sets of regulations differ in many respects. They pursue different aims: protection of the interest of some European competitors *versus* promotion of free competition for the benefit of consumers. However, they both hept to ensure fair competition (*i.e.* promotion of a level playing field). They address different pricing practices: the markets concerned are differently defined (concerned product exported from one third country and similar product produced by the Union industry *versus* relevant product and geographic markets) and the characteristics of the undertakings concerned are also different (no sort of agreement between undertakings and no minimum market power required in anti-dumping law); price discrimination dumping in not equivalent to any anti-competitive price discrimination and below cost dumping is not equivalent to predatory pricing or to any other low anti-competitive price. Notwithstanding their differences, both sets of regulations have to coexist peacefully. Yet, opportunities of protectionist biases in the determination of injurious dumping are still numerous in the anti-dumping legislation and Commission's practice. Moreover, the enforcement of the anti-dumping legislation may negatively affect competition in the internal market through the impact of the anti-dumping proceedings and measures and the anti-competitive effects of some undertakings' behaviors within the ambit of, or surrounding the anti-dumping proceedings. Such harmful effects on competition of the anti-dumping action are already reduced by provisions such as the lesser duty rule and the public interest clause (Union interest), but could and should be further reduced.

Keywords : European Union, anti-dumping action, competition law, price discrimination/below cost dumping, discriminatory/predatory pricing, Union interest, protectionist biases, anti-competitive effects of anti-dumping proceedings and measures