

COMMISSION EUROPÉENNE
KAREL VAN MIERT

Membre de la Commission

Bruxelles, le 07-11-1996

RECOMMANDÉE A.R.

Monsieur Jean-Paul GEORGE
Président Directeur Général
IPS
Industrie des Poudres Sphériques
24A, rue de la Résistance
B P 438
F - 74108 ANNEMASSE CEDEX

CC (96) D/ 9564

Objet: Affaire IV/35151/E-1 IPS c/Péchiney Electrométallurgie
Plaintes aux titres des articles 86 et 90 du Traité - Décision

Monsieur,

Je me réfère à votre plainte enregistrée au greffe de la Direction Générale IV de la Commission Européenne le 20 juillet 1994. Cette plainte consiste en une demande au titre de l'article 3 paragraphe 2 du règlement n° 17 du Conseil en vue de mettre fin à une infraction alléguée à l'article 86 du Traité sur le marché du calcium métal par la société Péchiney Electrométallurgie.

Par lettre du 18 mars 1996 la Commission vous a indiqué, conformément à l'article 6 du règlement n° 99/63 les raisons pour lesquelles elle envisageait de rejeter votre plainte. Néanmoins, elle vous a invité à soumettre vos observations éventuelles, et à examiner les pièces non confidentielles versées au dossier avant de prendre une position finale. Cette lettre a croisé votre lettre en date du 12 mars dans laquelle vous avez avancé certains arguments supplémentaires. Le 25 mars IPS a eu accès au dossier, et a pris copie d'un certain nombre de documents. Par lettre du 15 avril IPS a transmis ses observations sur la lettre article 6 de la Commission. Les arguments avancés dans cette lettre, ainsi que ceux repris dans la lettre du 12 mars ont été examinés attentivement, mais de l'avis de la Commission ils n'ajoutent aucun élément de droit ou de fait susceptible de modifier sa position, telle qu'elle était exprimée dans sa lettre du 18 mars.

Dans votre lettre du 15 avril vous avez, par ailleurs, formulé une demande supplémentaire d'accès à certains documents du dossier qui ne vous ont pas été communiqués lors de la procédure d'accès au dossier du 25 mars, ainsi qu'une demande d'audition devant le Conseiller Auditeur. Le Directeur compétent a accusé réception de ces demandes dans sa lettre du

7 juin. Tout en estimant que vos demandes n'étaient pas fondées, il vous a invité, en cas de désaccord persistant, à vous adresser directement au Conseiller Auditeur, selon les procédures prévues par la décision de la Commission du 12 décembre 1994 relative au mandat des conseillers-auditeurs. Depuis lors, la Commission n'a pas reçu de communication de votre part.

Sur base de l'analyse contenue dans le document en annexe, qui fait partie intégrante de la présente décision, je vous informe que les éléments que la Commission détient ne justifient pas de donner une suite favorable à votre plainte concernant l'infraction alléguée de l'article 86 du Traité. La Commission décide, par conséquent, de rejeter votre demande au titre de l'article 3 paragraphe 2 du règlement n° 17/62.

Vous avez également formulé une demande au titre de l'article 90.3 du Traité à l'encontre des Etats membres réunis au sein du Conseil. Même si s'agissant de l'article 90 du Traité, les plaignants n'ont pas le droit d'être associés de manière formelle à la procédure, ni d'obtenir une décision de la Commission, je puis vous confirmer que les services de la Commission ont examiné le bien-fondé de vos griefs et sont arrivés à la conclusion que la Commission ne saurait agir au titre de l'article 90, paragraphe 3 comme vous l'auriez souhaité.

En effet vous faites valoir que l'adoption du règlement antidumping 2557/94, dans la mesure où elle favorise la société Péchiney Electrométallurgie, entreprise publique au moment de l'entrée en vigueur du règlement antidumping, doit être assimilée à une mesure tombant sous le coup de l'article 90 du Traité.

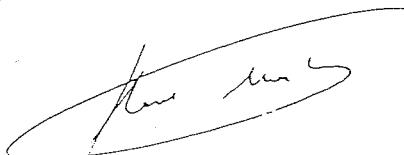
L'article 90.1 du Traité dispose que, *'les Etats membres, en ce qui concerne les entreprises publiques ... n'édictent ni ne maintiennent aucune mesure contraire aux règles du présent traité, notamment à celles prévues aux articles 6 et 85 à 94 inclus.'*

L'article 90.3 accorde certains pouvoirs à la Commission afin de veiller au respect des dispositions de l'article 90.1.

Ainsi que la société Péchiney Electrométallurgie l'a évoqué à juste titre dans ses premières observations sur la plainte, l'article 90.1 vise des mesures adoptées par les Etats membres, non par le Conseil. En outre cet article vise des mesures nationales et non des dispositions communautaires. La participation d'un Etat Membre aux délibérations du Conseil ne saurait être considérée comme une mesure au sens de l'article 90.

Une copie de la présente lettre et de l'annexe jointe est adressée à votre avocat, ainsi qu'à la partie adverse.

Je vous prie d'agrérer, Monsieur, l'expression de mes salutations distinguées,



Karel VAN MIERT

P.J. Annexe

Membre de la Commission

ANNEXE

I Sommaire

Par mémoire enregistré le 20 juillet 1994 au greffe de la Direction Générale de la Concurrence de la Commission Européenne chargée de la politique de la concurrence, la société Industries des Poudres Sphériques a saisi la Commission d'une plainte au titre de l'article 86 du Traité à l'encontre de Péchiney Electrométallurgie SA.

II Les Parties

Industries des Poudres Sphériques (ci-après IPS), dont le siège social est à Annemasse, Haute Savoie, est une société française spécialisée dans la fabrication des poudres de métaux réactifs, notamment le calcium.

Péchiney Electrométallurgie SA (ci-après PEM), dont le siège social se situe à Paris-la-Défense est une filiale du Groupe Péchiney. Elle est seul producteur européen de calcium métal, et produit également le magnésium et le strontium.

III Le Produit

Le calcium est un métal très réactif qui n'existe pas à l'état naturel. Il est obtenu selon deux procédés: la réduction aluminothermique de la chaux, et l'électrolyse du chlorure de calcium fondu.

Le calcium primaire

Le calcium primaire est utilisé pour le débismuthage du plomb, la production des alliages plomb-calcium pour batteries sans entretien et la production des ferro-alliages, ce qui représente, d'après PEM, 40% de la consommation de ce produit sur le marché occidental. Le calcium primaire est aussi utilisé comme matière première pour la production de calcium divisé (soit 57 % de la consommation sur le marché occidental). Il existe aussi un créneau très étroit pour le calcium très pur, destiné notamment à l'industrie nucléaire.

Le calcium primaire est vendu sous forme de morceaux (10-25 cm), d'aiguilles (10cm) et de copeaux (<10 cm).

La production occidentale du calcium primaire est assurée par la société Minteq (ex Pfizer), la société canadienne Timminco (ex Chromasco) et PEM. Tous les producteurs occidentaux utilisent le procédé de la réduction thermique de la chaux. L'électrolyse permet d'obtenir un produit très pur, mais elle est exclue pour les producteurs en économie de marché à cause des coûts d'électricité trop élevés. Cette méthode - mise au point pendant la guerre froide pour les fins de l'industrie nucléaire - est, par conséquent, utilisée exclusivement par les producteurs russes et chinois.

Les importations de calcium chinois et russe ont fait l'objet de deux enquêtes anti-dumping. Dans les deux cas, l'enquête a été lancée suite à une plainte formulée à l'instigation de PEM, et le règlement ultérieurement adopté par le Conseil a été contesté par la société IPS. En septembre 1989 le Conseil a imposé des droits de 21,8% et de 22,0% sur les importations de

calcium provenant respectivement de la Chine et de l'Union Soviétique⁽¹⁾. La Cour a annulé le règlement imposant ces droits en juin 1992⁽²⁾. Une deuxième enquête a eu lieu en 1993 et 1994 et a conduit à l'imposition des droits définitifs de ECU 2 074 par tonne sur les importations chinoises et ECU 2 120 par tonne sur les importations russes⁽³⁾. Le règlement imposant ces droits fait actuellement l'objet d'un nouveau recours en annulation devant la Cour.

Le calcium divisé

Le calcium divisé est un produit intermédiaire dérivé du calcium métal soit par broyage et cisailage mécanique, soit par atomisation. Il est utilisé pour la production de fils fourrés (destinés à l'aciérie), et pour les applications en calcothermie.

IPS et PEM sont concurrents sur ce marché en aval, où ils représentent, d'après IPS, plus de 70% du marché mondial. IPS est seul producteur à utiliser l'atomisation. Pour ce procédé il s'agit d'une méthode novatrice, brevetée par IPS, qui consiste à la fusion de Ca dans un four à résistance suivi par atomisation du calcium liquide. Ce procédé résulte en des billes sphériques de calcium, qui possèdent certaines qualités physiques supérieures aux granules obtenus par broyage, telles que l'homogénéité, la coulabilité, et des propriétés anti-phrogènes.

Les utilisateurs peuvent, en principe, accepter indifféremment le produit obtenu par broyage ou par atomisation. Néanmoins, les qualités physiques de son produit ont permis à IPS, au moins jusqu'à l'introduction des droits antidumping en octobre 1994, de pratiquer un prix qui pouvaient s'elever jusqu'à 25% au-dessus des prix des produits concurrents. L'introduction des droits antidumping, selon IPS, aurait renforcé les conditions concurrentielles de sorte que IPS aurait du mal à maintenir un tel différentiel de prix.

IV . La plainte au titre de l'article 86 du Traité

La lettre article 6 de la Commission a analysé la plainte au titre de l'article 86 du Traité selon deux volets distincts, l'un relatif au prétendu détournement par PEM de la procédure anti-dumping, et l'autre relatif à la stratégie dite de pratiques de vente dilatoires. Cependant, dans sa lettre du 12 mars 1996, et dans ses observations sur la lettre article 6, IPS a également invoqué l'existence d'une prétendue politique de prix prédateurs. Dans cette dernière lettre, IPS allègue en outre que PEM pratique des prix abusifs. Ces nouvelles allégations sont reprises sous le point c. ci-dessous, et sont examinées sous le chapitre V.

a. Antidumping - détournement de procédure.

Selon IPS, PEM se serait servi de la procédure antidumping pour renforcer sa position dominante sur le marché de calcium métal, et couper les sources d'approvisionnement en matière première de son concurrent. Plus particulièrement:

- PEM se serait servi de la procédure antidumping pour connaître la position et les coûts de ses concurrents sur les marchés, de façon à les neutraliser, pour renforcer sa position dominante et éliminer IPS du marché européen.

⁽¹⁾ Règlement 2808/89 du Conseil du 18 septembre 1989. OJ L 271/1 du 20.9.89

⁽²⁾ Arrêt de la Cour du 11 juin 1992. Affaire c-358/89

⁽³⁾ Règlement 2557/94 du Conseil du 21 octobre 1994. OJ L 270/27 du 21.10.94.

- PEM aurait sciemment trompé la Commission pendant la procédure antidumping en lui faisant croire qu'elle subissait un préjudice;

b. Stratégie de pratiques dilatoires.

PEM aurait cherché à empêcher ou retarder l'approvisionnement d'IPS afin de l'éliminer du marché. Plus précisément, les soi-disant "efforts techniques" entrepris par PEM en vue d'améliorer son produit se seraient traduits en pratique par une série de manœuvres dilatoires visant à compliquer inutilement la recherche d'une solution au problème.

c. Politique de prix prédateurs et de prix abusifs.

Bien que dans les deux lettres citées ci-dessus la société IPS fasse valoir l'existence de pratiques de prix prédateurs et de prix abusifs par PEM sur le marché du calcium divisé et du calcium primaire, il reste difficile, au vu des éléments fournis dans la plainte, de cerner concrètement quelles sont les pratiques que IPS entend mettre en cause. Selon IPS les éléments relatifs à ce volet de la plainte sont à trouver dans sa lettre du 25 août 1994, qui décrit l'évolution du prix de vente d'IPS à trois clients importants depuis 1987, et la lettre du 12 mars 1996 qui aurait démontré que PEM applique une marge importante sur les ventes de matière première dont ses concurrents ont besoin, tout en appliquant une marge réduite sur le calcium divisé, afin d'obliger ses concurrents à vendre "*pratiquement sans marge ou à perte*".

V. Analyse

a. Détournement de procédure

Dès le début de la procédure la Commission a insisté sur le fait que 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 au sens de l'article 86 du Traité.

En ce qui concerne la prétendue tentative de PEM dans la procédure antidumping de communiquer des éléments trompeurs à la Commission, il convient de rappeler que la procédure antidumping, et notamment le règlement 2423/88⁽⁴⁾ donne à la Commission les pouvoirs nécessaires en vue de vérifier les données soumises par les parties intéressées dans le cadre d'une enquête. Dans le cas d'espèce, le plaignant a été pleinement associé à la procédure, et par ailleurs, a exercé un recours devant le Tribunal de Première Instance contre le règlement tel qu'adopté par le Conseil⁽⁵⁾. Il appartient au Tribunal, non pas à la Commission, de juger le bien-fondé des mesures adoptées contre la Chine et la Russie.

Par conséquent, ce volet de la plainte doit être rejeté.

⁽⁴⁾ Règlement du Conseil 2423/88 du 11 juillet 1998 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 CEE. JO L 209 du 2.8.88.

⁽⁵⁾ Pour mémoire, tous les éléments relatifs à la procédure antidumping repris dans la plainte ont déjà fait l'objet d'un scrutin contradictoire lors de la dite procédure.

b. Stratégie de pratiques dilatoires.

Le deuxième volet de la plainte concerne le comportement de PEM vis-à-vis d'IPS depuis la reprise des relations entre les deux entreprises en 1991. En effet, en dépit de nombreux contacts et essais, PEM n'a pas livré, jusqu'au dépôt de la plainte, un produit susceptible de convenir aux besoins de IPS. IPS allègue notamment que PEM s'est borné à donner l'impression de coopérer afin de ne pas affaiblir sa position dans l'enquête anti-dumping, mais n'a jamais réellement voulu l'approvisionner.

PEM, par contre, affirme que le droit communautaire de la concurrence n'impose pas à un producteur, même en position dominante, de modifier sa gamme de produits pour répondre à une demande spécifique d'un client. En revanche, elle prétend cependant avoir entrepris des efforts et réalisé des investissements importants afin de répondre aux demandes de IPS.

Or, PEM a déjà été sanctionné par le Conseil de la Concurrence en France⁽⁶⁾ pour abus de position dominante pendant la période 1982-84. Par ailleurs, les pratiques incriminées par le Conseil semblent à première vue avoir une certaine similarité avec les présumées pratiques qui font l'objet de la présente plainte. Compte tenu de ces faits, et de la position de PEM comme seul producteur européen, il a été décidé de procéder à une investigation approfondie des relations entre les parties depuis 1991.

Les résultats de cette investigation sont repris au point VI ci-dessous.

c. Politique de prix prédateurs, et de prix abusifs.

Lors de l'instruction de sa plainte, la société IPS a évoqué le terme "*prix prédateurs*" à trois reprises: dans ses lettres du 25 août 1994, du 12 mars 1996, et du 15 avril 1996. Dans cette dernière lettre, postérieure à l'envoi de la lettre article 6 de la Commission, elle a utilisé également le terme "*prix abusifs*". Néanmoins, IPS n'a jamais apporté d'éléments susceptibles de démontrer l'existence de telles pratiques, et les investigations de la Commission n'ont pas permis de constater une infraction au droit communautaire de la concurrence en ce sens.

i. La lettre du 25 août

La lettre du 25 août 1994 vise à l'évidence à démontrer que PEM a "*sciemment trompé la Commission pour obtenir l'adoption de droits anti-dumping*."⁽⁷⁾ Elle se situe, donc, dans le premier volet de la plainte, tel que considéré sous le point a. ci-dessus. Dans cette lettre IPS fait valoir que l'affirmation de PEM dans le cadre de l'enquête antidumping, selon laquelle ses prix de vente de calcium divisé auraient subi une réduction considérable du fait d'importations à des prix déloyaux, est fausse, puisque PEM elle-même a initié la baisse des prix "*sans raison commerciale justifiée*".⁽⁸⁾ Trois tableaux sont joints à cette lettre. Les deux premiers comparent les prix de vente d'IPS et de PEM à l'égard de deux clients importants pendant les périodes juillet 1992-

⁽⁶⁾ Conseil de la Concurrence. Décision N° 92-D-26 du 31 mars 1992 relative à la situation de la concurrence sur le marché du calcium-métal. Décision confirmée par la Cour d'Appel de Paris. Arrêt du 14 janvier 1993.

⁽⁷⁾ page 2 de la lettre

⁽⁸⁾ page 4 de la lettre

février 1994 et octobre 1987-mars 1994 respectivement. Le troisième retrace l'évolution des prix d'IPS chez un troisième client important entre juin 1991 et janvier 1994. Pour chaque tableau on note une nette détérioration des prix.

Dans l'hypothèse où PEM détiendrait une position dominante le seul fait qu'elle baisse ses prix ne démontre pas l'existence d'une politique de prix prédateurs, d'autant que pendant la période en cause elle devait concurrencer des importations de calcium russe et chinois à des prix nettement inférieurs aux siens. Le plaignant n'a pas fourni, et la Commission ne détient pas, d'élément supplémentaire qui pourrait constituer l'indice d'une telle politique. Par contre la Commission a pu vérifier que les prix de vente de PEM pour les années 1993-1995 étaient supérieurs à ses prix de revient pendant toute cette période⁽⁹⁾, et que les prix accordés aux différents clients ne démontrent aucune discrimination entre ceux-ci.

ii. La lettre du 12 mars 1996

Dans son courrier du 12 mars 1996 IPS affirme que le prix de vente du calcium primaire de PEM oblige IPS à vendre son produit transformé soit sans marge, soit à perte pour se maintenir sur le marché communautaire. En effet, selon IPS, PEM vend la matière première dont ses concurrents ont besoin avec une marge importante, et n'applique qu'une marge réduite sur le calcium divisé. Le dernier paragraphe de cette lettre laisse entendre que le plaignant considère cette pratique comme démontrant l'existence de prix prédateurs.

Cette allégation est mal fondée en fait et en droit. Il convient de noter, d'abord, que IPS n'a pas apporté d'indice tendant à soutenir ses affirmations quant aux marges pratiquées par PEM. Deuxièmement une entreprise, même en position dominante peut fixer ses marges en fonction du marché, pourvu que les conditions telles qu'établies par l'arrêt *Akzo*⁽¹⁰⁾ (entre autres) soient respectées, à savoir les prix pratiqués ne doivent pas être inférieurs à la moyenne des coûts variables, ou inférieurs à la moyenne des coûts totaux lorsqu'ils sont fixés dans le cadre d'un plan ayant pour but d'éliminer un concurrent. Troisièmement, depuis l'instauration des droits anti-dumping, contrairement à ce qu'affirme IPS, PEM a *augmenté* les prix (et par conséquent les marges) de son calcium divisé par rapport aux prix de son calcium primaire, ainsi que la Commission a pu le vérifier lors d'une inspection au titre de l'article 14.2 du règlement 17/62 auprès de PEM.

iii. La lettre du 15 avril 1996

La dernière lettre d'IPS résume les arguments déjà développés ci-dessus (dans ses paragraphes 12 et 13) et introduit pour la première fois le terme "prix abusifs" (dans son paragraphe 3). La Commission ne trouve nulle part dans la lettre un lien entre ce terme et une prétendue pratique de PEM. Elle n'est pas, donc, en mesure de donner suite à cette allégation.

⁽⁹⁾ Ce dernière point semble être accepté par IPS, puisque l'argumentaire développé à la page 4 de sa lettre du 12 mars 1996 reste sur l'hypothèse que le prix de vente du calcium métal se situe largement au dessus du prix de revient.

⁽¹⁰⁾ *Akzo Chemie BV contre Commission*. Arrêt de la Cour du 3 juillet 1991. Recueil 1991 I-3359

VI. L'instruction de la plainte relative aux pratiques dites 'dilatoires'

Les prétendues pratiques dilatoires menés par PEM dans ses relations commerciales avec IPS n'ont de pertinence dans le cadre du droit communautaire de la concurrence que dans la mesure où elles consistent en un refus de vente ou une discrimination vis-à-vis des autres clients.

Dans l'analyse qui suit, il sera démontré que:

- IPS est seul client de PEM à exiger un calcium avec une teneur en oxygène contrôlé;
- il n'existe pas de produit dans la gamme de PEM dont la teneur en oxygène est spécifiée; par ailleurs aucun producteur mondial n'annonce une telle teneur;
- il n'existe pas, à l'échelle du laboratoire, de méthode fiable reconnue d'analyse du taux d'oxygène dans le calcium;
- l'analyse du problème du taux de chaux dans le calcium PEM a été abordée en collaboration étroite avec les ingénieurs de IPS; les démarches faites et les résultats obtenus ont été systématiquement communiqués à IPS; chaque proposition technique du client a été étudiée d'une façon sérieuse;
- IPS refuse depuis juillet 1993 d'accepter un prix dans lequel les coûts supplémentaires qui découlent de sa spécification unique sont répercutés;
- l'existence de tels surcoûts a été vérifiée par la Commission;
- il n'y a rien de discriminatoire dans une telle demande de la part du producteur; PEM n'est pas le seul fournisseur de IPS à demander une majoration du prix pour prendre en compte ses besoins particuliers;
- IPS a refusé d'accepter, à seul motif du prix, une proposition de fourniture d'un calcium PEM dont la compatibilité avec ses installations a été démontrée lors d'une campagne d'essais contradictoire;
- IPS dispose de fournisseurs occidentaux ou de pays tiers alternatifs;

Récapitulatif des relations IPS - PEM

La saisine du Conseil de la Concurrence en 1985 par IPS (dénommé à l'époque Extramet Industrie) a marqué une rupture de ses relations avec PEM qui a duré six ans. Un premier contact a eu lieu entre les deux entreprises en mai 1991 lorsque IPS a passé une commande de 500kg de calcium. La marchandise a été livrée au mois de juillet, mais IPS s'est abstenu de poursuivre les relations à cette époque de crainte que PEM ne se serve de ces relations commerciales pour démontrer sa volonté de lui livrer dans le cadre du litige devant le Conseil de la Concurrence.

On ne peut donc réellement parler d'une reprise de relations professionnelles entre les deux entreprises avant le 19 novembre 1992 (huit mois après la Décision du Conseil de la Concurrence, et cinq jours après la reprise de l'enquête antidumping), lorsque IPS a remis les

résultats d'une analyse du calcium livré l'année précédente. La lettre du 19 novembre a été suivie par une rencontre le 21 décembre, lors de laquelle les caractéristiques du produit recherchées par IPS ont été communiquées à PEM.

La période janvier 1993 - janvier 1994 a été marquée par de nombreux contacts entre les parties, tant au niveau technique qu'au niveau commercial, ainsi que par plusieurs livraisons et essais de calcium PEM. Fin avril 1993 IPS s'est engagé à ne plus contester la plainte antidumping, pour autant que PEM lui livre un produit conforme à ses besoins. Deux mois et demi plus tard, déçue selon ses dires par la qualité du produit livré jusqu'à cette date, elle a repris ses droits dans la procédure antidumping.

Dans le courant des mois de mai et juin 1994 il semble que IPS ait perdu toute confiance dans la volonté de PEM d'améliorer son produit. Les relations entre les deux entreprises se sont détériorées rapidement, et par lettre du 7 juin 1994, IPS a fait part de son intention de recourir de nouveau à la voie judiciaire.

La procédure devant la Commission

Après un premier contact officieux au mois de juin, IPS a déposé la présente plainte le 20 juillet 1994. A la demande de la Commission il a été convenu entre les parties de nommer chacune un expert extérieur, et de mener une campagne d'essais portant sur 5 tonnes du produit en leur présence⁽¹¹⁾. L'expertise contradictoire avait deux objets: arriver à une spécification du produit PEM compatible avec les installations d'IPS, et proposer une méthode d'analyse du calcium qui pouvait servir de base à PEM et IPS dans leurs relations industrielles et commerciales futures.

Les négociations entre les parties relatives à la nomination des experts, la définition de leur mission et la rédaction d'un accord de confidentialité se sont poursuivies jusqu'à la fin février 1995. Entre-temps, la Commission a envoyé des demandes de renseignements sur base de l'article 11 du règlement n° 17 aux producteurs occidentaux de calcium métal, ainsi qu'aux principaux importateurs et transformateurs européens, afin de mieux connaître les conditions d'exploitation du produit sur le marché mondial. La DG IV, avec l'accord des parties, a aussi examiné tous les documents soumis par les parties dans le cadre de la procédure antidumping.

L'expertise a eu lieu entre le 28 février et le 3 mars 1995 et le rapport final, rédigé en commun par les deux experts, a été présenté lors d'une réunion avec les parties à la DG IV le 16 juin 1995. Le 21 juin PEM a proposé un contrat de fourniture de 120-150 tonnes de calcium pour une période d'un an sur base des spécifications définies dans le rapport. Par lettre du 22 septembre 1995, IPS a fait part de l'incapacité des parties de trouver un accord sur le prix, et a demandé à la Commission de poursuivre l'instruction de sa plainte.

La lettre du 22 septembre a été accompagnée par deux rapports rédigés au mois de mai, par l'expert de IPS, M. Laurent (l'un des rapports était clairement destiné à la procédure anti-dumping en cours devant le Tribunal). Selon IPS, les rapports démontrent certaines incohérences dans les démarches faites par PEM pour améliorer son produit, et une volonté de compliquer la recherche d'une solution. Le 25 octobre 1995, lors d'une réunion à la Commission, IPS a présenté un troisième rapport, rédigé par le Professeur Messerlin de l'IEP de Paris. Le rapport Messerlin porte surtout sur la prétendue position dominante de PEM,

⁽¹¹⁾ Le produit utilisé lors des essais était du calcium de qualité nucléaire, dénommé CaN (voir ci-dessous pour spécification)

mais a aussi fait valoir quelques caractéristiques du marché actuel de calcium métal qui ne s'expliquent, selon son hypothèse, que par l'existence d'un abus de PEM. PEM a fait part de ses observations sur les deux rapports fin 1995 et début 1996. Celles-ci ont été transmises à IPS le 15 janvier. IPS a pris position sur ces dernières observations dans sa lettre du 12 mars 1996.

Le 20-21 novembre 1995 une vérification au titre de l'article 14.2 du règlement 17 a eu lieu auprès du siège social de PEM. Le 27 novembre une deuxième vérification au titre de l'article 14.2 du règlement 17 a eu lieu auprès du siège social de IPS. Les vérifications avaient pour objet de recueillir toute information relative aux prix et conditions de vente et d'achat de calcium métal, ainsi que les conditions techniques et commerciales de production et de livraison.

Besoins techniques des installations d'IPS

Le litige se focalise sur la qualité du calcium produit par PEM, d'une part, et d'autre part sur sa capacité de fabriquer un produit qui correspond aux besoins techniques des installations IPS. Il convient de reprendre les éléments clefs du débat.

IPS utilise un procédé de fabrication de calcium divisé qui lui est propre. Le procédé a deux étapes principales. La première consiste à fondre le calcium primaire dans un four sous argon. La deuxième étape consiste dans le siphonnage du calcium liquide jusqu'en haut d'une tour de granulation, et dans sa condensation sous hélium.

Le procédé est très sensible au taux d'oxygène dans le calcium primaire, car lors de la première étape l'oxygène, sous forme de chaux, décante et tombe au fond du creuset. L'encrassement par ces impuretés (le 'fond du pot') du creuset et du tube d'aspiration entre le four et la tour de granulation mène à la réduction de la durée de la campagne de fabrication. Par ailleurs, le fond du pot représente une perte de la matière première (donc un coût supplémentaire) et entraîne un risque pour la sécurité des installations. Le niveau tolérable du fond de pot est calculé en fonction de ces éléments financiers, techniques et de sécurité. Pour IPS un encrassement de 2cm/tonne correspondant à une teneur en oxygène de 0,2%, représente un niveau tolérable⁽¹²⁾.

Cependant la transformation de calcium par broyage mécanique qui est le procédé courant utilisé par les autres transformateurs n'est pas sensible au taux d'oxygène dans la matière primaire. Les acheteurs du produit transformé ne sont donc pas sensibles au taux d'oxygène en soi, mais certains demandent en revanche une teneur minimum en calcium.

La spécification du produit.

Les producteurs occidentaux de calcium primaire proposent dans leurs gammes deux versions de base du calcium: le calcium de qualité commerciale (teneur en calcium typique 97-98,8% min), et le calcium de qualité nucléaire (teneur en calcium typique >=99,3%). Le calcium de qualité nucléaire est obtenu par une distillation du calcium de qualité commerciale, et le prix du marché s'élève au double du prix du produit commercial. La quasi-totalité des acheteurs de calcium primaire n'exigent pas le degré de pureté du calcium de qualité nucléaire et les ventes de ce produit ne dépassent pas quelques tonnes par an.

⁽¹²⁾ Données communiquées lors de la réunion avec les experts du 4 avril 1995.

Le calcium russe et chinois est annoncé à [-] % pur. Ce produit est mis en concurrence avec le calcium qualité commerciale des producteurs nord-américains et européens. Comme le démontre le tableau ci-dessous, les spécifications des producteurs annoncent les teneurs typiques en impuretés métalliques et d'azote. Aucune n'annonce la teneur en oxygène.

PEM propose, comme en témoignent les fiches techniques qui accompagnent sa publicité, un calcium de qualité commerciale (ou "standard" selon IPS) dénommé CaRK, et deux qualités de calcium nucléaire, dénommées CaN et CaNN. Ceci a été confirmé dans la lettre de PEM à IPS du 27 février 1995. Les teneurs typiques en impuretés sont reprises dans le tableau ci-dessous. Le dépouillement exhaustif des factures pour l'année 1995 lors de la vérification article 14.2 menée par la Commission au siège de PEM, ainsi que le contrôle de toute correspondance avec les clients et des archives informatisées pour les années 1993-95 n'a pas permis de constater la commercialisation par PEM de calcium de qualité commerciale hors de la gamme communiquée à IPS.

| | PEM | | Timminco commercial | Minteq commercial | Russe | Chinois |
|---------|----------|-----------|---------------------|-------------------|-------|---------|
| | CaRK | CaN | | | | |
| Ca | 97% min | 99.3% min | | | | |
| Mg | 0.7% max | 0.7% max | | | | |
| Al | 2.0% max | 0.005% | | | | |
| N2 | | | | | | |
| Fe | <= 0.05% | | | | | |
| Mn | <= 0.05% | | | | | |
| Cu | | | | | | |
| O2 | | | | | | |
| source: | PEM | PEM | Timminco | Minteq | | |

CONFIDENTIEL

Or, IPS insiste depuis le début de la reprise des relations avec PEM sur le contrôle de l'oxygène. La vérification auprès de PEM a démontré qu'IPS est le seul client à manifester ce besoin.⁽¹³⁾ Les essais de l'année 1993 ont prouvé que le produit de qualité commerciale de PEM ne convient pas aux installations IPS. Il est donc établi que PEM ne dispose pas d'un produit dans sa gamme actuelle de calcium de qualité commerciale qui réponde aux besoins techniques d'IPS. L'affirmation d'IPS que le produit qualité commerciale de tout autre producteur mondial lui convient, bien que le taux d'oxygène ne soit pas annoncé dans la spécification, n'infirme pas du tout cette conclusion.⁽¹⁴⁾

Par contre, l'expertise contradictoire de février-mars 1995 a démontré que PEM dispose d'un produit qualité nucléaire (CaN) qui répond aux exigences des installations IPS. L'expertise a aussi permis de définir une spécification répondant aux besoins techniques d'IPS, et aux besoins commerciaux des deux parties (dans la mesure où quelques éléments de la spécification portent sur les exigences de la méthode d'analyse développée). Sur base de cette

⁽¹³⁾ Point reconnu par l'expert d'IPS M. Laurent dans son rapport du 3 mai 1995

⁽¹⁴⁾ CONFIDENTIEL

spécification, PEM a développé un nouveau produit, dénommé "Calcium basse teneur en oxygène".

Le tableau ci-dessous reprend les caractéristiques physiques et chimiques des trois produits proposés par PEM à IPS.

| | CaRK | CaN | Calcium basse teneur en oxygène |
|---------------|------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------------------------------------------------------------------|------------------------------------------------------------------|
| Ca | 97% min | 99,3% min | 98,5% min |
| Al | 2% max | 0,005% max | 0,05% max |
| Mg | 0,9% max | 0,7% max | 1% max |
| Oxygène | non-dosé | non-dosé | 0,2% max |
| Granulométrie | morceaux < 250 mm morceaux < 200 mm morceaux < 150 mm morceaux < 100 mm aiguilles 100 mm | morceaux < 100 mm grenaille 0/6 mm grenaille 0/2,4 mm copeaux | morceaux < 70 mm teneur en fines inférieures à 0,2 mm: 2% max |

Le Calcium Basse Teneur en Oxygène a été proposé à IPS au prix de 37 FF par kg. La vérification a permis de constater que ce prix était, contrairement à ce que prétend IPS, moins de 10% plus élevé que le prix du CaRK (le calcium 'standard' selon IPS), et moins que la moitié du prix du CaN (le calcium dit 'nucléaire'). IPS, estimant qu'il n'était pas acceptable de répercuter dans son prix les surcoûts liées à la production d'un produit hors de gamme, a rejeté l'offre.⁽¹⁵⁾

La possibilité d'un approvisionnement en CaN a été évoquée pour la première fois dans la lettre de PEM du 20 décembre 1993 et a été répétée dans la lettre de PEM du 20 mai 1994. Le 21 juillet 1994 PEM a proposé un contrat de fourniture de 120T de ce produit pour une durée allant de 18 mois à cinq ans.

IPS a répondu à cette offre dans les termes suivants

"Je vous rappelle ... que je recherche un calcium standard et non un calcium nucléaire dont les caractéristiques, vous le savez, sont très différentes du calcium standard ...

En ce qui concerne le prix, votre offre pourrait paraître intéressante à un tiers non concurrent sur le marché des poudres.

En réalité, elle a pour effet de mettre notre Société hors du marché."

La vérification a permis de constater que le prix de cette offre se situait légèrement au-dessous du prix moyen du CaRK (le calcium 'standard' selon IPS) du mois précédent, et moins que 10% au-dessus du prix moyen de ce produit pour l'année 1994. Sans porter aucun jugement sur le caractère raisonnable ou acceptable de ce prix, il convient de noter que le prix du marché de CaN (le calcium dit 'nucléaire') à l'époque était plus du double.

⁽¹⁵⁾ Pour mémoire, IPS a contesté le principe d'une majoration du prix du calcium pour prendre en compte les coûts relatifs au ses besoins depuis juillet 1993 (lettre de M. George à PEM du 13 juillet 1993)

Or, il a été démontré ci-dessus que le CaN convient au procédé d'IPS. Il est donc clair que ce ne sont pas les caractéristiques du CaN qui ont empêché IPS de s'approvisionner dans ce produit, mais le prix.

Il appartient, bien entendu, au seul client de juger si les termes d'un contrat de fourniture lui conviennent ou non. D'autre part, il est légitime de rechercher un produit qui répond à ses besoins et qui est moins cher que le produit qualité nucléaire, surtout si, à la lumière de son expérience sur le marché il estime que les améliorations qu'il recherche peuvent se réaliser sans passer par le procédé coûteux de distillation utilisé dans la fabrication du produit nucléaire. En revanche, la prétendue position dominante du producteur ne l'oblige nullement à développer un produit qui correspond aux besoins uniques d'un seul client. En outre, dans la mesure où le producteur s'engage à mettre au point un tel produit, rien ne l'oblige à le vendre au prix d'un produit moins performant (du point de vue de la teneur en oxygène) qui figure déjà dans sa gamme.

Les arguments de IPS dans cette matière semblent étonnantes d'autant plus que, contrairement à ce que cette entreprise affirme, PEM n'est pas le seul à demander un surcoût à son produit.

CONFIDENTIEL

Existence de fournisseurs alternatifs

La présente plainte porte sur l'approvisionnement de 120-150 tonnes de calcium par an, soit **CONFIDENTIEL** des achats annuels d'IPS.⁽¹⁶⁾ Or, pendant toute la période d'imposition des droits anti-dumping, même si on exclut les producteurs touchés par les droits, IPS a toujours trouvé des sources d'approvisionnement alternatives.

CONFIDENTIEL

La prétendue stratégie de pratiques dilatoires

IPS reproche à PEM notamment d'avoir mené une politique de pratiques dilatoires visant soit à ne pas la livrer, soit à la conduire à s'approvisionner d'un produit inutilement pur et cher. A l'appui de cette thèse IPS fait valoir l'existence d'une incohérence et d'un manque de rigueur dans la stratégie mise en place par PEM afin de résoudre les problèmes techniques soulevés par son client. IPS fait également valoir que l'incapacité de PEM à améliorer son produit de qualité commerciale n'est pas crédible, dans la mesure où tout autre producteur de calcium aluminothermique dispose d'un produit conforme aux besoins d'IPS.

En ce qui concerne la comparaison avec les autres producteurs de calcium aluminothermique, il n'est pas convaincant d'affirmer que le seul fait que deux producteurs utilisent le même procédé chimique conduit à la conclusion qu'ils doivent être en mesure de fabriquer des produits identiques. Les caractéristiques du produit final dépendent de plusieurs facteurs, tels que la matière première et le savoir-faire. Les différences qui en découlent ont été reconnues même au sein d'IPS, comme l'indique le commentaire de M. Martinet l'un des dirigeants d'IPS cité dans le rapport de M. Laurent:

"Les calciums aluminothermiques peuvent, à l'évidence, être très différents les uns des autres."

Néanmoins IPS insiste à plusieurs reprises dans sa plainte sur la comparaison entre le comportement de Timminco, qui aurait rapidement modifié son produit pour tenir compte de ses besoins, et la prétendue incapacité de PEM de le faire. Les modifications que Timminco auraient apportées à son produit ne sont pas précisées dans la plainte, et interrogé sur ce point, le producteur affirme:

"no special or particular modifications or requirements were needed to produce to IPS's specifications"

["Aucune modification spéciale n'était nécessaire afin de fabriquer un produit conforme aux spécifications d'IPS"]

Si Timminco a apporté une modification à son produit, comme l'affirme IPS, la réponse de Timminco nous permet de croire qu'elle n'avait pas d'incidence majeure sur son procédé habituel. Dans cette perspective, toute comparaison avec les efforts techniques faits par PEM

⁽¹⁶⁾ Point confirmé par M. George, PDG d'IPS, lors de la réunion à la Commission du 25 octobre 1995

afin d'aboutir à la résolution du problème posé par les besoins d'IPS, n'a pas beaucoup de force.⁽¹⁷⁾

En revanche, la lecture des documents versés au dossier révèle un réel débat technique entre les deux parties, débat accompagné par des expériences sur le procédé de fabrication de PEM, et des investissements en capital par le producteur.

Le débat technique portait sur deux questions principales. La qualité du produit PEM (dans ce contexte on doit comprendre par qualité le taux d'oxygène), et son analyse. Dans le cadre des relations commerciales où la qualité du produit doit être incontestablement établie, il n'y avait rien d'incohérent à aborder les deux problèmes en parallèle. Il convient de rappeler la mission des experts, arrêtée en commun par les deux parties:

"... les parties sont convenues qu'il fallait mettre au point une méthode fiable d'échantillonnage et d'analyse de l'oxygène dans le calcium. Cette méthode devra être formalisée de façon à pouvoir, le cas échéant, être transmissible à des tiers dans le cadre des relations entre PEM et IPS".

L'analyse du taux d'oxygène dans le calcium

Les investigations de la Commission n'ont pas permis de constater que la difficulté d'arriver à une méthode fiable d'analyse du calcium puisse être imputée à un manque de volonté de PEM.

Il n'existe actuellement aucune méthode fiable reconnue pour l'analyse du contenu en oxygène du calcium, affirmation confirmée par tout producteur occidental⁽¹⁸⁾, ainsi que par l'expertise contradictoire de février-mars 1995. Les tentatives de mettre au point une telle méthode se sont heurtées notamment à la difficulté de trouver un échantillon représentatif du calcium.

IPS avait confié l'analyse de calcium au laboratoire indépendant, le CERMEP qui faisait une analyse qui portait sur des échantillons infimes (0,1 gramme - analyse par LECO). Comme en témoignent les bulletins d'analyse émis par le CERMEP, l'écart entre les échantillons est parfois important (de l'ordre de 100%)⁽¹⁹⁾.

Lors d'une visite des parties à CERMEP le 4 juin 1993, le problème de la représentativité de l'échantillon a été abordé, et les parties ont conjointement demandé à CERMEP d'élaborer une nouvelle méthode opérant sur 60g. Cette méthode s'est avérée peu précise, comme l'indiquait IPS lors de la visite de PEM du 17 août 1993.

⁽¹⁷⁾ Les démarches faites par PEM sont reprises ci-dessous. L'existence des modifications du produit de Timminco a été vérifiée lors de l'inspection auprès d'IPS.

CONFIDENTIEL

Les modifications apportées, donc, portait uniquement sur la forme physique, modifications mise en oeuvre par tamisage.

⁽¹⁸⁾ En réponse aux lettres article 11.

⁽¹⁹⁾ CONFIDENTIEL

Si, jusqu'alors, IPS ne disposait pas de méthode fiable d'analyse du taux d'oxygène du calcium avant l'utilisation du lot, elle affirmait qu'elle était en mesure de déterminer le taux d'oxygène après une campagne de production par l'analyse du résidu dans le creuset. L'inconvénient de cette méthode est qu'il faut au moins 3 tonnes de calcium pour effectuer l'analyse. Par ailleurs, comme en témoignent les experts dans leur rapport du 16 juin 1995, le prélèvement d'un échantillon représentatif du fond de pot est difficile.

Au mois de novembre 1993 PEM a proposé une analyse par distillation d'échantillon de 250-1000 g de calcium, et a fait construire un four à cette fin (livré à son usine en février 1994). La mise au point de cette méthode a été confiée à l'Université Libre de Bruxelles, et a été testée lors de l'expertise contradictoire de février 1995. Il en découle que, bien que l'analyse en soi semble précise, la caractérisation d'un lot entier reste susceptible d'être faussée par les difficultés d'échantillonnage, et la présence de certaines impuretés métalliques dans le calcium.

Sur les tentatives d'améliorer la qualité du produit

En ce qui concerne la qualité du produit PEM, les documents versés au dossier démontrent une collaboration étroite entre les parties dans la recherche d'une solution. Cette collaboration s'est traduite par de nombreux courriers de nature très technique entre les responsables techniques et commerciaux, plusieurs entretiens et des visites croisées aux usines. Pour sa part PEM a pu démontrer avoir étudié tous les propos et arguments techniques de son client, et a procédé à plusieurs essais d'un procédé modifié. Elle a tenu IPS au courant des démarches faites et des résultats obtenus. Ses notes internes soulignent le caractère urgent des aménagements, et ses réponses aux courriers d'IPS ont été transmises dans les délais corrects.

Plus concrètement PEM a:

- livré cinq lots de calcium d'entre 400kg et 20 tonnes entre janvier et novembre 1993;
- assisté à quatre essais de calcium à l'usine d'IPS pendant la même période;
- présenté ses propres installations à IPS deux fois. La visite du 22 octobre 1993, selon le compte rendu signé par les deux parties a permis à IPS d'inspecter les adaptations aux installations faites par PEM;
- étudié des prétendues différences entre la compacité de son produit et celle de Timminco;
- produit selon un procédé modifié 6 tonnes de calcium plus compact;
- fait l'investissement nécessaire pour refroidir les lingots de calcium sous gaz inerte;
- fait des essais sur plusieurs autres sources éventuelles du taux de l'oxygène, telles que le niveau d'aluminium dans le calcium, l'effet des réactions secondaires lors de la fabrication du calcium, et les carbonates résiduels de la chaux.

Sans apporter aucun jugement sur l'utilité ou le bien-fondé technique de ces mesures, il suffit de rappeler que plusieurs d'entre elles provenaient des conseils d'IPS, et que IPS disposait à tout moment de la possibilité de faire part à PEM de ses commentaires sur la mise en oeuvre.

Le rapport Messerlin

Le rapport du Professeur Messerlin a fait valoir l'existence d'une caractéristique du marché actuel de calcium divisé, qui ne s'explique, selon lui, que par l'existence d'un abus par PEM de sa position dominante. En effet, le Professeur Messerlin note qu'une hausse importante de l'offre du calcium divisé depuis l'instauration des droits antidumping n'a pas été accompagnée par une baisse du prix, et il postule deux hypothèses pour l'expliquer: soit PEM vend à perte sur le marché du calcium divisé (qu'il caractérise comme "*politique prédatrice de prix*"), soit PEM a annoncé un coût de production plus élevé que son coût réel lors de l'enquête antidumping. Sans parler du bien fondé théorique ou factuel du rapport Messerlin, il convient de noter que les données examinées lors de la vérification auprès de PEM, à savoir le coût de revient et le prix pratiqué pour les années 1993-1995, infirment la première hypothèse. Pour ce qui concerne la deuxième hypothèse, comme il a été expliqué sous le chapitre V.a. ci-dessus, la procédure antidumping prévoit les pouvoirs nécessaires afin de vérifier les données soumises lors d'une enquête dans ce domaine.

Conclusion

PEM a proposé trois qualités de calcium à IPS: les deux qualités figurant dans sa gamme, et une troisième développée pour les seuls besoins du plaignant. Aucun de ces produits ne convient à IPS, soit pour des raisons techniques, soit pour des raisons économiques. L'investigation de la Commission n'a pas permis de constater dans les offres remises par PEM d'élément constitutif d'un abus au sens de l'article 86 du Traité.

Pour autant qu'une stratégie de manœuvres ayant pour objet de compliquer les relations au niveau technique entre deux entreprises puisse être considérée comme abusive, ainsi que prétend IPS, l'existence d'une telle stratégie n'a pas été démontrée.

IPS n'a démontré l'existence d'aucune autre pratique de son concurrent susceptible de tomber sous le coup de l'article 86 du Traité.

Par conséquent, la Commission décide de rejeter l'application de la société IPS enregistrée à la Direction Générale IV le 20 juillet 1994.

Cette annexe fait partie intégrante de la lettre de couverture signée par M. Karel van Miert, membre de la Commission.