



Avis n° 03-A-12 du 15 juillet 2003
relatif à une demande d'avis du tribunal de commerce de Versailles
concernant une plainte déposée par la SA Usines Merger à l'encontre
des sociétés Giat Industries, Gitech SA, Foc Transmissions et CMD

Le Conseil de la concurrence (commission permanente),

Vu la lettre enregistrée le 26 février 2001 sous le numéro A 332 par laquelle le tribunal de commerce de Versailles saisit pour avis le Conseil de la concurrence en application de l'article L. 462-3 du code de commerce ;

Vu le livre IV du code de commerce et le décret n° 2002-689 du 30 avril 2002 fixant ses conditions d'application ;

Vu les observations présentées par le commissaire du Gouvernement et par les sociétés Usines Merger, Giat Industries et CMD ;

Vu les autres pièces du dossier ;

Le rapporteur, la rapporteure générale adjointe, le commissaire du Gouvernement et les représentants des sociétés Usines Merger, Giat Industries et CMD entendus lors de la séance du 14 mai 2003 ;

Est d'avis de répondre dans le sens des observations qui suivent :

1. Informé par M. A..., PDG de la SA Usines Merger, des agissements des sociétés Giat Industries, Gitech SA, Foc Transmissions et Compagnie des engrenages et réducteurs Messian Durand (CMD), le ministre de l'économie et des finances a demandé, en janvier 1996, à la direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes (DGCCRF) de diligenter une enquête "*destinée à examiner les modalités exactes des activités de diversification du groupe Giat Industries dans ce secteur*". Les conclusions du rapport d'enquête, réalisé par la direction nationale des enquêtes de concurrence (DNEC) dans le courant de l'année 1996, n'ont pas donné lieu à une saisine du Conseil de la concurrence.
2. Le tribunal de commerce de Versailles, saisi par Usines Merger, le 25 juin 1998, des mêmes pratiques, a demandé à la DGCCRF, par un jugement avant dire droit du 22 janvier 1999, de lui communiquer le rapport d'enquête de la DNEC ainsi que ses annexes. Considérant que la production de certains éléments confidentiels, recueillis au cours de cette enquête, serait susceptible de nuire aux sociétés en cause, la DGCCRF a invoqué, devant le tribunal, l'empêchement légitime, conformément à l'article 141 du nouveau code de procédure civile. Par un jugement du 18 juin 1999, le tribunal a alors enjoint à la DGCCRF de produire ces mêmes documents dans une version expurgée "*des éléments de nature confidentielle relevant du secret des affaires*". Une version expurgée de ce rapport ayant été transmise par la DGCCRF, des copies en ont été remises aux parties à l'instance devant le tribunal de commerce de Versailles.
3. Par lettre enregistrée le 26 février 2001 sous le numéro A 332, le président du tribunal de commerce de Versailles a transmis le jugement avant dire droit en date du 16 février 2001,

saisissant pour avis le Conseil de la concurrence, "*par application de l'article L. 462-3 du code de commerce afin de savoir si Giat a abusé de sa position dominante sur le marché connexe des réducteurs de vitesse à usage civil et s'il y a eu entente au détriment de la société Merger avec les sociétés Foc Transmissions et Compagnie des engrenages et réducteurs Messiah Durand dont le capital était détenu à 40 % par sa Holding Gitech, ainsi que de déterminer si les prix de cession anormalement bas du Giat étaient constitutifs de prix prédateurs*".

I. - Constatations

A. - LES SECTEURS D'ACTIVITÉS

1. Les réducteurs de vitesse

4. Les réducteurs de vitesse sont des organes mécaniques de transmission de puissance destinés à être montés sur des moteurs et incorporés à des machines industrielles. Ils assurent une fonction mécanique dite de réduction de vitesse ou de multiplication de couple qui consiste en la transformation d'un mouvement de rotation d'entrée, de grande vitesse et de faible couple, en un mouvement de rotation de sortie, de petite vitesse et de fort couple. Ils se composent d'un ou de plusieurs trains de réduction, c'est-à-dire de mobiles (arbres et engrenages) reposant sur des paliers, ainsi que de roulements et de bacs d'étanchéité disposés au niveau des arbres, le tout étant incorporé à une enveloppe en fonte ou en acier mécano-soudé composé de tôles plates appelée carter. Des organes d'accouplement permettent ensuite de "*monter*" le réducteur, c'est-à-dire de le relier, d'une part, au moteur et, d'autre part, au système entraîné.
5. Les machines hôtes visent la plupart du temps à créer un mouvement de faible vitesse caractérisé par une importante force d'entraînement, typiquement pour des motifs de levage, de pompage, de mixage ou encore de broyage, ce type de mouvement ne pouvant être directement engendré par un moteur électrique classique. Parmi les caractéristiques majeures d'un réducteur figurent à la fois sa configuration (dimensions du carter, nombre d'arbres d'entrée et de sortie, position des arbres, etc.) et ses paramètres de fonctionnement (rapport de réduction et couple maximal de sortie). Les dimensions du produit dépendent non seulement de celles de la machine hôte mais aussi du rapport de réduction. En particulier, la plupart des grands réducteurs, qui sont destinés à entraîner des masses importantes, mobilisent de forts couples. Dans le présent avis, on entendra par réducteur de grande taille un produit mobilisant des pièces dont l'ordre de grandeur est le mètre, offrant un couple de plusieurs centaines voire milliers de kN.m et dont la masse s'établit à plusieurs tonnes, et par réducteur de taille moyenne un produit dont les grandeurs caractéristiques sont environ dix fois moindres.
6. Les caractéristiques des réducteurs de vitesse dépendent directement de celles des machines auxquelles ils sont destinés à être incorporés. Lorsque, en particulier, la machine hôte présente une configuration originale, la conception d'un réducteur dit spécial, répondant à un cahier des charges *ad hoc*, peut s'avérer nécessaire. Dans le cas contraire, le demandeur peut directement choisir, éventuellement au cours de la phase de conception de sa machine, un réducteur dit standard figurant sur le catalogue du fournisseur. Les produits standards peuvent également être adaptés, mais de façon plus limitée, à la configuration de la machine hôte. Selon l'Union nationale des industries de transmissions mécaniques (UNITRAM), la production par les entreprises de réducteurs de vitesse destinés à leurs besoins propres ne dépasse pas 15 %. Les réducteurs de vitesse sont surtout utilisés dans les secteur des machines industrielles.
7. Parmi les solutions susceptibles d'être substituées par les demandeurs aux réducteurs de vitesse figurent, d'une part, les systèmes de transmission directement intégrés au moteur et à

la machine hôte, qui concernent alors le marché des pièces mécaniques. Il existe, d'autre part, différents systèmes groupant les fonctions motrice et de réduction, parmi lesquels les moto-réducteurs et les moteurs hydrauliques, qui offrent des puissances peu élevées et de faibles couples. En outre, ils sont rarement adaptables à la machine hôte. La fonction de réduction peut, enfin, être assurée par des ensembles autonomes qui, faisant appel à des technologies non mécaniques, ne paraissent pas pouvoir répondre aux besoins en couple qu'offre une transmission mécanique.

8. Du point de vue de l'offre, les réducteurs de vitesse appartiennent à la famille plus large des boîtes à engrenages, c'est-à-dire des systèmes mécaniques à base d'engrenages incorporés à un carter et destinés à être montés sur des moteurs pour des motifs de transmission de puissance. Sur le plan de la fabrication, cette famille constitue un ensemble cohérent, pour une taille de produit donnée, en ce qui concerne les machines nécessaires à leur production, le savoir-faire utilisé pouvant toutefois différer d'une spécialité à l'autre. Hormis l'allemand Flender, tous les acteurs sont spécialisés par taille de produit. Les principaux fabricants de réducteurs de vitesse de grande taille implantés en France sont : CMD, Flender Graffenstaden (Allemagne), Comelor (France) et Weco (Royaume-Uni). Les sociétés Brook Hansen (Royaume-Uni), Usines Merger et Foc Transmissions sont spécialisés dans les réducteurs de taille moyenne. L'accès au marché des réducteurs de grande taille nécessite un investissement environ dix fois plus important que celui nécessaire pour l'accès au marché des réducteurs de taille moyenne. La production de moto-réducteurs, dominée par les motoristes, constitue une activité spécifique.

2. Les chars de combat

9. L'armée de terre française utilise des véhicules blindés pour des missions aussi variées que le transport de troupe, l'appui et le soutien, la reconnaissance, la sûreté et le combat. Cependant, les chars de combat (AMX 30 et Leclerc), dont la mobilité et les possibilités de transport de troupes sont réduites, sont exclusivement destinés au combat. Ils se distinguent des autres véhicules blindés, notamment des blindés légers (VBL, ERC 90, VAB, AMX 10), par leur autonomie, le blindage renforcé de leur caisse, leur système moteur à chenilles, leur puissance de feu, leur poids (40 à 60 tonnes contre moins de 10 tonnes pour un blindé léger) et, enfin, leur prix, de l'ordre de plusieurs millions d'euros (soit environ 10 fois plus qu'un blindé léger).
10. Le Giat, qui produisait autrefois les chars AMX 10 et AMX 30, s'est vu confier, dans les années 80, le développement et la production des chars Leclerc, aujourd'hui destinés à la France ainsi qu'aux Emirats Arabes Unis. Cette activité qui, en 1995, mobilisait notamment la majeure partie des 2 200 personnels de l'établissement de Roanne (Loire), aurait généré, pour cette même année, un chiffre d'affaires de 500 M€ Bien que le char Leclerc ait, selon Giat Industries, "*établi le standard des chars de bataille futurs*" dans les années 90, le secrétaire général du Giat Industries estime que cet engin "*est désormais confronté à une concurrence mondiale*". Outre le Leclerc, les principaux chars de combat modernes présents à travers le monde sont le T 80 (Malyshev, Russie), le M1 A2 Abrams (General Dynamics Land Systems, Etats-Unis), le Léopard II (Krauss-Maffei Wegmann, Allemagne), le Merkava III (Israel Ordnance Corps, Israël) et le Challenger II (Vickers, Royaume-Uni).

B. - LA POLITIQUE DE DIVERSIFICATION DE GIAT INDUSTRIES

1. Giat Industries et Gitech SA

11. Comme le rappelle la Commission de la défense nationale et des forces armées de l'Assemblée nationale dans son rapport d'information n° 474 du 17 décembre 2002 sur la situation de la société Giat Industries, la création du Groupement industriel des armements

terrestres (Giat), en 1971, répondait à la volonté de distinguer, parmi les missions alors confiées à la direction technique des armements terrestres, les activités dites étatiques, ayant vocation à rester au sein du ministère de la défense, de celles dites industrielles, de réalisation proprement dite des matériels, et dont le régime de régie directe avait montré les limites. Le Giat, service du ministère de la défense, qui comptait alors neuf sites, fut ainsi chargé de la maîtrise d'œuvre des véhicules blindés et des matériels d'artillerie. La réalisation des munitions et des armements associés à ces systèmes d'armes lui fut également confiée. Envisagée dès 1981 du fait des "*importantes lourdeurs et complexités*" de gestion qu'impliquait son statut, la transformation du Giat en société nationale ne fut effective qu'en 1990. Elle fut mise en œuvre par la loi n° 89-924 du 23 décembre 1989 autorisant le transfert des établissements industriels dépendant du Giat à une société nationale, Giat Industries, régie par la loi n° 66-537 du 24 juillet 1966 sur les sociétés commerciales et dont le capital est détenu par l'Etat. Dans ses observations, Giat Industries rappelle que son conseil d'administration se compose de 6 personnalités qualifiées, de 6 représentants des salariés et de 6 représentants de l'Etat. S'agissant de ces derniers, elle précise que "*leur qualité de représentants de l'actionnaire quasi unique leur confère une importance particulière.*"

12. Dans son rapport publié en octobre 2001 sur les industries d'armement de l'Etat (chapitre III, Giat Industries : des réformes trop tardives et insuffisantes), la Cour des comptes indique que la création de la société Giat Industries en juillet 1990 se fit dans un contexte de charge de travail bouleversé par la fin de la guerre froide qui fit diminuer de façon drastique les marchés prévus. Cette création fut faite, de surcroît, suivant des modalités "*dont le bien-fondé peut apparaître a posteriori discutable*". Tous les sites de l'ancien Giat furent apportés à la nouvelle société, malgré le fait que le dimensionnement de l'outil industriel, défini vingt ans auparavant, n'était, à l'évidence, plus adapté à la nouvelle donne. Tous les ouvriers d'Etat furent intégrés en conservant leur statut. Ainsi, dès le départ, le potentiel de la société excédait-il fortement sa charge de travail réelle. La Cour des comptes ajoute qu'une succession de plans sociaux, "*toujours dimensionnés par l'actionnaire à la valeur minimale socialement acceptable à ses yeux*", n'empêcha pas la société de courir en permanence après un équilibre économique jamais atteint, les pertes d'exploitation restant en moyenne de l'ordre du milliard de francs par an. Le statut des personnels ouvriers se révéla un handicap grave pour la compétitivité de la société qui dut supporter l'intégralité de la charge. Selon la Cour des comptes, si on ajoute à ces pertes liées à la surcapacité de lourdes pertes occasionnelles liées à diverses erreurs de gestion commises par la première équipe dirigeante mise en place, on arrive à un coût total pour l'actionnaire supérieur à 22 milliards de francs depuis l'origine.
13. La Commission de la défense nationale et des forces armées de l'Assemblée nationale indique, dans son rapport d'information n° 911 du 22 mai 1998 sur la diversification des industries de défense, que la branche Gitech a été créée au sein de Giat Industries en 1992 afin de servir d'équipementier interne au groupe et de fédérer l'industrie de la mécanique en France. Cette diversification a pris la forme d'acquisitions ou de prises de participations minoritaires dans des PME, via un holding Gitech SA contrôlé à 100 % par Giat Industries, ainsi que de partenariats dans le cadre desquels le partenaire gardait la conduite des affaires industrielles.
14. Selon le directeur juridique de Giat Industries, la branche Gitech était dotée d'une équipe dirigeante ainsi que d'ateliers industriels fabriquant des équipements entrant dans la composition de systèmes d'armes, mais non essentiels à la maîtrise technologique de ces systèmes. Dans la mesure où Giat Industries connaissait un "*grave déficit d'ingénieurs et cadres*", la branche Gitech ne disposait d'aucun bureau d'études, les forces de recherche et développement de Giat Industries restant concentrées sur les systèmes d'armes. La

branche Gitech était chargée des relations techniques et commerciales avec les participations de diversification détenues par le holding. Elle mobilisait, en 1995, 2 000 personnes implantées sur 8 sites et dégagait un chiffre d'affaires de 1 milliard de francs (hors participations minoritaires). Elle comportait à l'origine quatre divisions, dont une division Transmission de Puissance et Fonderie (ci-après TPF), qui regroupait plus de 50 % des actifs de la diversification et mobilisait en 1996 environ 250 personnes pour un chiffre d'affaires de 255 MF.

15. Selon la Commission de la défense nationale et des forces armées de l'Assemblée nationale, cette tentative de diversification s'est avérée décevante en raison de problèmes d'organisation, de mauvais choix de marchés, de gaspillage des ressources et des difficultés rencontrées pour concilier un objectif industriel et un objectif social. En particulier, dès 1994, alors que les structures mises en place par Gitech avaient bénéficié d'une vision industrielle forte, Giat Industries a décidé de faire supporter à cette branche une partie des sureffectifs, à charge pour elle de trouver des débouchés. Dans son rapport du 17 décembre 2002, la Commission ajoute que le pari de prendre des participations minoritaires ne conférant pas de rôle décisionnel à Gitech dans des sociétés installées le plus souvent sur des sites de Giat Industries, employant partiellement du personnel de l'entreprise et dépendant, de surcroît, pour partie des commandes de Giat Industries, "*était pour le moins hasardeux.*" Au total, les acquisitions et prises de participation ont représenté un investissement de 76 MF. Dès 1996, Gitech SA cumulait une perte nette de plus de 30 MF. Le rapport sus-mentionné de la Cour des comptes, d'octobre 2001, chiffre la perte totale à 52 MF. Gitech SA s'est progressivement dégagee de ses participations, à l'exception de Syegon. Enfin, Giat Industries indique dans ses observations, avoir "*absorbé récemment Gitech SA*".

2. Foc Transmissions

16. Dans le secteur des organes mécaniques de transmission, l'action de Gitech débute en juin 1992 par une prise de participation à hauteur de 35 % dans le capital de la société Manquat-Allard-Latour (ci-après MAL), spécialisée dans la fabrication d'engrenages de très haute précision. Dès août 1992, MAL décide d'ouvrir une nouvelle usine à Vaulx-en-Velin. Elle déposera le bilan, le 24 novembre 1993. Au cours de l'année 1993, Gitech rentre à hauteur de 40 % dans le capital des sociétés SESM, Foc Transmissions et CMD.
17. Société constituée dès la fin du 19^{ème} siècle, Foc Transmissions se consacre à la conception et à la réalisation de réducteurs de vitesse de taille moyenne et, de façon marginale, de moto-réducteurs. Reprise en mai 1979 par la famille X..., la société réalise en 1992 un chiffre d'affaires de 24,7 MF, dont 20 % à l'export. Cette même année, elle s'engage dans un programme de développement d'une nouvelle gamme de réducteurs dénommée Atlas.
18. C'est dans ce cadre que sont noués les premiers contacts entre Giat Industries et la famille X..., qui débouchent au cours de l'année 1993 sur une recapitalisation de Foc Transmission par Gitech SA permettant à celle-ci de disposer d'une participation minoritaire de 40 % (soit un apport de 1,7 MF). Le 1^{er} juin 1993, la famille X... conclut avec Giat Industries et Gitech SA un pacte d'actionnaires visant à "*régler les problèmes liés aux cessions et participations minimales détenues par*" les signataires ainsi qu'à "*établir un certain nombre de conditions de fonctionnement de la société Foc Transmissions traduisant [leur] commune intention*". A ce titre, Giat Industries et Gitech SA se voient chacune offrir un siège au sein du conseil d'administration de Foc Transmissions, composé de cinq membres. Les décisions de ce conseil sont prises à la majorité qualifiée des quatre cinquièmes s'agissant de l'élaboration du budget, et à la majorité simple s'agissant de la stratégie générale et commerciale et de l'arrêté des comptes.

19. M. X..., PDG, précise que Foc Transmissions n'a "*quasiment pas travaillé avec le Giat*" entre 1992 et 1994. Puis, par une convention du 3 mars 1995, Foc Transmissions concède de façon exclusive à la société Giat Industries le droit de fabriquer l'ensemble des réducteurs de sa gamme Atlas récemment développée ainsi que leurs pièces détachées. En contrepartie, Giat Industries s'engage à fabriquer, à un prix fixé par la convention, tout produit de cette gamme dont Foc Transmissions lui passera commande. En outre, "*Giat Industries s'engage à ne pas favoriser la fabrication de produits qui viendraient concurrencer ceux de la conception de Foc Transmissions.*" La durée de la convention est de 10 ans. Par un avenant du 28 juin 1996, les prix de cession sont légèrement modifiés et les produits étendus à de nouvelles versions (trains coniques).
20. Des responsables de la direction juridique de Giat Industries indiquent que cette convention visait à répondre à deux objectifs : d'une part, permettre le lancement de la gamme Atlas, dont la fabrication nécessitait des moyens de production (installations adaptées, machines adéquates, personnels qualifiés) que Foc Transmissions n'avait pas à sa disposition et pour lesquels elle ne souhaitait pas allouer de ressources financières et, d'autre part, offrir un plan de charge complémentaire pérenne à l'établissement de Roanne de Giat Industries, dédié à la fabrication des blindés et accessoirement des organes de transmission militaires, cette dernière activité connaissant depuis le début des années 1990 une baisse croissante.
21. Selon M. X..., le retrait de Giat Industries de ses activités de sous-traitance a été pressenti dès 1997. Or, elle disposait, contrairement à Foc Transmissions, de certaines machines intervenant dans la production des réducteurs de la gamme Atlas. C'est pourquoi Foc Transmissions fera l'acquisition, à la mi-1997, des actifs de la société MAL, parmi lesquels figuraient des machines de ce type. Selon M. Y..., Giat Industries s'était pourtant prononcée défavorablement sur cette opération. Finalement, Gitech SA cèdera sa participation à la famille X... en janvier 1999. Au bilan, Giat Industries aura réalisé, entre 1994 et 1999, un chiffre d'affaires total de 10,7 MF dans le cadre de cette activité de sous-traitance.

3. CMD

22. Fondée en 1901 par André Citroën, la société Engrenages Citroën devient, en 1991, CMD. Elle a pour activité principale la conception, la réalisation et la vente d'organes de transmission de puissance (engrenages, couronnes et réducteurs de vitesse) et d'accouplement pour forts couples destinés à des marchés spécifiques comme l'énergie, la cimenterie, l'agroalimentaire et la sidérurgie. CMD est cotée au comptant à la Bourse de Paris et dispose de filiales en Grande-Bretagne et en Allemagne ainsi que de trois sites en France, à Cambrai, Fourchambault et Guérigny. En 1993, CMD, contrôlée à plus de 90 % par la société Mécadyne, filiale à 100 % du groupe Dynaction, réalise un chiffre d'affaires de près de 300 MF dont environ 50 % à l'export.
23. En décembre 1993, Mécadyne cède à Gitech SA 40 % du capital de CMD. Le 20 décembre 1993, un pacte d'actionnaires est signé entre Mécadyne et Dynaction, d'une part, et Gitech SA, d'autre part. Il vise à "*fixer les droits et obligations des actionnaires signataires et [à] établir certaines conditions liées aux cessions et au fonctionnement de la société CMD traduisant la commune intention des parties*". Dans ce cadre, Gitech SA se voit offrir trois sièges sur huit au conseil d'administration de CMD. Il est également précisé que l'acceptation du budget, les investissements supérieurs à 2 MF, les engagements financiers supérieurs à 10 MF, les modifications des statuts, les décisions touchant à la stratégie et la nomination du président du conseil d'administration doivent être "*soumises à l'approbation unanime du Conseil d'Administration*".
24. Bien que l'objectif de l'opération consiste, selon le pacte d'actionnaires, à "*renforcer une coopération industrielle, technique et commerciale*", aucun accord ne sera signé entre

Giat Industries et CMD. Ainsi, selon CMD, *"loin de toute logique industrielle, la participation du Giat dans le capital de CMD [s'est avérée] strictement financière, le Giat se contentant d'un rôle purement passif"*. Au total, les échanges entre les deux sociétés se limitent à moins de 2,3 MF, correspondant à des engrenages fabriqués par Giat Industrie pour CMD. En janvier 1998, Gitech SA se retire du capital de CMD au profit de Mécadyne.

25. Toutefois, sous l'impulsion probable de Giat Industries, une convention est établie entre CMD et Foc Transmissions le 6 février 1995, soit moins d'un mois avant la signature de la convention du 3 mars 1995 mentionnée au paragraphe 19. Par cette convention, d'une durée de 10 ans, Foc Transmissions concède à CMD le droit d'usage exclusif d'une marque Ermex et s'engage à exécuter les commandes de produits y afférents. En retour, CMD s'oblige à utiliser cette marque pour la commercialisation des produits en cause, qu'elle ne peut par ailleurs fabriquer hors du cadre de la convention. Il s'agit en réalité des réducteurs de la gamme Atlas, qui pourront par conséquent être produits par Giat Industries, mais seront commercialisés par CMD sous le nom de Ermex. Les prix des réducteurs, qui figurent dans la convention, s'avèrent être les mêmes que ceux pratiqués par Giat Industries auprès de Foc Transmissions, augmentés de 2 % au titre des frais de bureau d'études. En sus, CMD verse à Foc Transmissions une redevance fixe de 450 milliers de francs ainsi qu'une redevance variable qui s'élève à 3,8 % du prix d'achat des produits.
26. Comme le résumant les responsables de la société CMD, celle-ci a donc commercialisé *"sous le nom d'Ermex la gamme Atlas de Foc"*. Ils soutiennent également que ces réducteurs étaient rarement revendus en l'état, mais plutôt montés en *"complément"* sur des réducteurs de plus grande dimension de la fabrication de CMD, de telle sorte que les réducteurs Ermex représentaient *"seulement 0,5 % du coût de revient"* des ensembles auxquels ils étaient incorporés. En outre, M. X... a précisé qu'en sus des réducteurs Ermex vendus à CMD, pour un chiffre d'affaires total de 5,8 MF entre 1997 et 1999, cette dernière achetait à Foc Transmissions des réducteurs spéciaux pour un chiffre d'affaires équivalent.

C. - LES PRATIQUES DÉNONCÉES PAR LA SOCIÉTÉ MERGER AUPRÈS DU TRIBUNAL DE VERSAILLES

1. Les prix de cession pratiqués par Giat Industries

27. Dans son rapport d'enquête, la DNEC présente les coûts analytiques qu'elle a pu calculer à partir des données collectées auprès des différentes entreprises concernées. Elle indique avoir eu recours à la méthode du coût de revient complet, avec pour unité d'œuvre l'heure productive d'atelier : *"à cette unité d'œuvre a été rattaché l'ensemble des charges fixes ou variables ou directes et indirectes. Ensuite, sur la base de la productivité horaire moyenne du personnel productif, il a été procédé à la détermination d'une équivalence entre le nombre d'heures productives et le nombre de produits fabriqués. Ce ratio d'équivalence a permis ainsi de passer du coût de l'unité d'œuvre théorique au coût d'un produit commercialisable."* S'agissant de Usines Merger qui ne produit pour l'essentiel que des réducteurs de vitesse, le coût de revient moyen d'un réducteur (25 084 F) a donc été déterminé par le rapport entre les charges totales supportées (40 912 649 F) et le nombre de réducteurs vendus sur l'exercice (1 631). S'agissant de Giat Industries, la DNEC indique que les *"carences manifestes"* relevées dans sa comptabilité analytique ainsi que l'*"insuffisante étanchéité"* observée entre les activités civiles et militaires de son établissement de Roanne ne lui ont pas permis de déterminer si Giat Industries faisait ou non *"supporter à son activité armement la couverture de la majeure partie des charges de structure de sa division Transmission de Puissance et Fonderie"*. Selon les conclusions du rapport de la DNEC, en 1996, le coût de revient moyen d'un réducteur de la gamme Atlas-Ermex s'élève à 32 365 F, le coût variable moyen à 25 216 F et le prix de cession moyen à Foc Transmissions à 30 864 F.

28. La société Usines Merger a présenté, au cours d'une audition du 20 février 2002, certains éléments qui, selon elle, "*permettent de comparer, sur trois affaires remportées par Foc Transmissions contre notre société, d'une part, le coût variable que nous supporterions pour la production de réducteurs de notre catalogue quasiment identiques à ceux qui ont permis à Foc Transmissions de gagner ces affaires, d'autre part, le prix que Giat Industries a concédé à Foc Transmissions pour la production et l'industrialisation de ces mêmes produits de la gamme Atlas, enfin, le prix de vente final proposé par Foc Transmissions. Précisons que pour le calcul de nos coûts, nous nous sommes basés sur le coût horaire variable d'atelier de 133,88 F avancé par [l'auteur du rapport de la DNEC], et issu de notre comptabilité analytique, appliqué à des temps de production calculés pour la fabrication de la quantité de réducteurs mentionnée sur les factures de Giat Industries*". Ces trois exemples sont relatifs à des commandes passées par la société Seval (Société d'études et de Ventes d'appareils de levage). Les données présentées par la société Usines Merger sont les suivantes :

Prix de cession Giat Industries	Coût variable estimé Usines Merger	Prix de vente Foc Transmissions
6 706	13 343	17 846
10 269	18 454	32 610
21 458	29 845	54 110

29. La société Foc Transmissions a transmis plusieurs factures relatives à ces trois commandes passées par la société Seval. Selon elle, les prestations facturées par la société Giat Industries portaient non sur des réducteurs complets mais sur les mobiles de ces réducteurs, c'est-à-dire leurs arbres et engrenages, encore appelés "*ensemble de pignonerie*".

2. Les marchés "*perdus*" par Usines Merger contre Foc Transmissions et CMD

30. M. A... prétend avoir "*subi une perte de part de marché en France de 18 MF du 1^{er} juillet 1993 au 30 juin 1995*", du fait des prix "*anormalement bas*" pratiqués par Foc Transmissions et CMD, et présente une liste de "*25 affaires perdues en 18 mois représentant 13 MF de facturation perdue où la différence du prix final de l'affaire est très importante et se situe pour l'essentiel entre 18 et 50 %*".

31. Toutefois, selon Foc Transmissions "*l'inventaire des affaires prétendument perdues par Merger indûment attribué à la société Foc, peut être scindé en trois catégories : les affaires où la société Foc n'a jamais été consultée ni fait d'offre de prix ; les affaires indépendantes des produits de la gamme Atlas, réalisées par Foc dans ses ateliers, à partir de ses techniques, sans aucune collaboration avec Giat Industries ; les affaires traitées dans le cadre de la gamme Atlas. Sur les 21 affaires citées, 18 sont totalement étrangères aux relations de fabrication que la société Foc Transmissions peut avoir avec le Giat et n'ont pas été pour la plupart des commandes de Foc Transmissions. Sur les trois affaires restantes, les prix pratiqués ont été sensiblement les mêmes voire supérieurs à ceux offerts par la société Merger ; ou les propositions étaient formulées différemment.*" Par la suite, Foc Transmissions précise que Giat Industries n'a pu intervenir que dans deux de ces 21 affaires : une affaire ADC "*que Foc n'a pas pu retrouver et que Giat a pu réaliser*" et dont la facturation s'établit à 40 000 F, ainsi qu'une affaire Aumund sur laquelle Giat Industries serait intervenue sur des commandes représentant un montant de 382 807 F sur un montant total de commandes de 1 497 016 F.

32. CMD prétend quant à elle qu'un "examen attentif du tableau récapitulatif des affaires perdues" par Merger au profit de CMD (qui concernent Michelin, Stein Industrie, Potain et Caillard) fait apparaître que CMD n'a en réalité bénéficié d'aucune des commandes citées pour Michelin, Stein Industrie et Potain." CMD ajoute que "les seules affaires ayant donné lieu à des commandes passées à CMD concernent la société Caillard [et] n'ont représenté en 1995 que 383 kF HT, chiffre en ligne avec les commandes passées par ce client à CMD depuis plus de vingt ans". Enfin, CMD joint un bon commande d'où il ressort que cette affaire Caillard "ne portait pas sur des produits de la gamme Ermex".

II. - Discussion

Sur la procédure suivie devant le Conseil

33. Dans ses observations, la société Usines Merger soutient que la demande d'avis du tribunal de commerce a été instruite de façon non objective et partielle. Selon elle, le rapporteur n'a pas accompli les diligences nécessaires pour obtenir, de la DGCCRF, la communication du rapport d'enquête et de ses annexes dans leur version intégrale, alors que les éléments manquants seraient essentiels à l'instruction de la question dont est saisie le Conseil, comme le tribunal l'aurait estimé, et que le président du Conseil peut, selon les dispositions de l'article L. 463-4 du code de commerce, refuser la communication des pièces mettant en jeu le secret des affaires, sauf dans les cas où la communication ou la consultation de ces documents est nécessaire à la procédure ou à l'exercice des droits des parties. De plus, la société Usines Merger prétend qu'une étude de coûts analytiques qu'elle aurait fournie, dans le cadre de l'instruction, n'est pas prise en compte dans le rapport et que le rapporteur n'a pas fait usage des pouvoirs d'instruction qui sont les siens pour contraindre le Giat Industries et la société Foc Transmissions à fournir tous les documents nécessaires à l'établissement des faits, soit l'intégralité des factures et commandes relatives aux affaires que la société Usines Merger déclare avoir perdues et tous documents permettant de déterminer la part des frais d'usage des outillages et des charges de structure intégrées par l'enquêteur de la DNEC dans son évaluation des coûts variables de Giat Industries. La société Usines Merger assure que les pouvoirs d'enquête, dont disposent les rapporteurs du Conseil, sont susceptibles de s'exercer y compris lorsque le Conseil est saisi en application de l'article L. 462-3, et que la partie saisissante ou demanderesse devant le juge bénéficie d'un droit à la preuve, comme le dispose l'article 11 du NCPC, qui doit être garanti par l'instruction, particulièrement lorsque, comme au cas d'espèce, il est impossible à une entreprise victime de pratiques d'éviction d'en rapporter la preuve.
34. Dans sa note communiquée le 3 avril 2002, Giat Industries soutient au contraire qu'il appartient au Conseil de se prononcer "sur la base de la saisine du tribunal, et uniquement sur cette base", conformément au principe selon lequel il ne peut être suppléé par une mesure d'instruction à la carence de la partie demanderesse dans l'administration de la preuve.
35. L'article L. 462-3 dispose que "*Le Conseil peut être consulté par les juridictions sur les pratiques anticoncurrentielles définies aux articles L. 420-1, L. 420-2 et L. 420-5 et relevées dans les affaires dont elles sont saisies. Il ne peut donner un avis qu'après une procédure contradictoire. Toutefois, s'il dispose d'informations déjà recueillies au cours d'une procédure antérieure, il peut émettre son avis sans avoir à mettre en œuvre la procédure prévue au présent texte.*"
36. Le jugement du tribunal de commerce de Versailles du 16 février 2001, qui saisit pour avis le Conseil, précise sur la demande principale portant sur la mesure d'expertise, "*qu'il appartient aux parties d'exposer les faits nécessaires au succès de leurs prétentions, tel que dispose l'article 9 du NCPC, que le rapport d'enquête de la DGCCRF effectué par M. B... et versé*

aux débats, a été expurgé des éléments relevant du secret des affaires auquel se heurterait de même une mesure d'expertise, que le tribunal, en conséquence, dira qu'il n'y a pas lieu de désigner expert, ce qui reviendrait à suppléer la carence d'une des parties dans l'administration de la preuve." Il expose plus loin : "Attendu que les parties n'ont pas la même lecture du rapport d'enquête administrative ; qu'elles divergent sur l'ensemble des points de droit et sont opposées en faits. Que le tribunal retiendra que le litige porte sur l'existence d'une position dominante sur le marché concerné et le caractère abusivement bas des prix pratiqués par les défenderesses, aux dépens de Merger. Que le fondement de droit des demandes repose sur les articles L. 420-1, L. 420-2 et L. 420-5 du code de commerce. Que le tribunal, en conséquence, par application de l'article L. 462-3 du code de commerce, décidera avant dire droit de consulter, pour avis, le Conseil de la concurrence." En conséquence, le tribunal "Saisit pour avis Monsieur le Président du Conseil de la concurrence, par application de l'article L. 462-3 du code de commerce, afin de savoir si le Giat a abusé de sa position dominante sur le marché connexe des réducteurs de vitesse à usage civil et s'il y a eu entente au détriment de la Sté Merger, avec les sociétés Foc Transmissions et Compagnie des Engrenages et Réducteurs Messiah Durand, dont le capital était détenu à 40 % par sa holding la Sté Gitechh SA, ainsi que pour déterminer si les prix de cession anormalement bas de Giat étaient constitutifs de prix prédateurs ...".

37. Il ressort de ce qui précède que le tribunal n'a pas estimé que les éléments manquants du rapport de la DNEC étaient essentiels à l'établissement des faits et que sa demande d'avis n'était pas motivée par la nécessité de procéder à des investigations supplémentaires. De fait, la demande d'avis du tribunal porte sur la qualification, au regard des articles L. 420-1, L. 420-2 et L. 420-5 du code de commerce, des faits qui ont été portés à sa connaissance. Il ne peut donc être soutenu que les mesures d'instruction menées par le rapporteur étaient insuffisantes et qu'il a fait preuve de partialité en estimant qu'il était en mesure d'établir un rapport.

Sur les questions posées par le tribunal de commerce de Versailles

Sur l'applicabilité du titre IV du code de commerce aux activités de Giat Industries

38. Giat Industries fait valoir qu'elle ne dispose pas, vis-à-vis de sa tutelle, d'une autonomie suffisante pour fixer ses prix, déterminer sa politique commerciale, notamment à l'exportation, ou encore choisir ses fournisseurs. Aussi, son activité de production de chars de combats relèverait-elle de la gestion interne de l'Etat dans le cadre de sa mission de défense.
39. Cependant, la loi n° 89-924 du 23 décembre 1989 a autorisé le transfert des établissements industriels dépendant du Giat à une société nationale, Giat Industries, régie par la loi n° 66-537 du 24 juillet 1966 sur les sociétés commerciales et dont le capital est détenu par l'Etat. Il s'agit donc bien d'une entreprise qui exerce une activité de production sur un marché, celui des chars de combat et qui relève donc du champ d'application du titre IV du code de commerce.

Les marchés concernés et la position des entreprises sur ces marchés

40. La société Giat Industries est le seul producteur de char de combat en France, avec le char Leclerc. Les chars de combat se distinguent des blindés légers par leur mode de propulsion à chenilles, leur blindage renforcé, et leur puissance de feu.
41. En ce qui concerne le périmètre géographique sur lequel se rencontrent l'offre et la demande de chars de combat, le secrétaire général de Giat Industries dans une audition du 19 mars 2002, soutient que "le char Leclerc, issu d'un projet antérieur à la constitution de la société Giat Industries (...) est désormais confronté à une concurrence mondiale (par

exemple, un opérateur allemand a récemment été retenu en Grèce pour son offre de chars). La concurrence est notamment britannique, allemande et américaine.

42. Toutefois, la demande des Etats en chars de combat est essentiellement définie dans le cadre de programmes de défense, fondés avant tout sur des objectifs stratégiques tant en matière de défense que de relations internationales. Dans le cas de la France, une loi de programmation militaire quinquennale arrête le choix des équipements nécessaires. La loi n° 96-589 du 2 juillet 1996 relative à la programmation militaire pour les années 1997 à 2002 expose ainsi, s'agissant de l'armée de terre, que *"la livraison annuelle de 33 chars Leclerc permettrait de disposer -, en 2002, de 307 chars modernes. Le développement du véhicule blindé de combat d'infanterie sera lancé et les 25 premiers hélicoptères Tigre en version appui-protection seront commandés entre 2000 et 2002. Le développement du NH 90 sera poursuivi. La rénovation de blindés légers anciens, tels l'AMX 10 RC et le VAB, sera entreprise dans l'attente des programmes futurs."* En outre, la loi rappelle qu'il convient de conférer à notre pays l'autonomie stratégique nécessaire.
43. Ces considérations justifient que soit identifié un marché national des chars de combat, sur lequel la société Giat Industrie est en situation de monopole de fait, étant bénéficiaire de la totalité des commandes de chars de combat passées par l'Etat français, ce qui suffit à caractériser une position dominante.
44. Les sociétés Usines Merger, Foc Transmissions et CMD exercent leur activité dans le secteur des réducteurs de vitesse. Comme indiqué ci-dessus, les réducteurs de vitesse peuvent présenter des caractéristiques différentes selon les machines hôtes auxquelles ils sont destinés. Du point de vue de la demande, les différents types de réducteurs ne sont pas substituables entre eux. En ce qui concerne les producteurs, ils sont, pour la plupart d'entre eux, spécialisés dans une taille de réducteur. Ainsi, CMD produit essentiellement des réducteurs de grande taille, tandis que Foc Transmissions et Usines Merger sont spécialisés dans les réducteurs de taille moyenne. Seul, l'allemand Flender est présent sur l'ensemble de la gamme des réducteurs. De plus, les machines nécessaires à la production de boîtes à engrenages de taille moyenne ne permettent pas la production de boîtes à engrenages de grande taille et vice-versa. Enfin, les demandeurs utilisent rarement à la fois des réducteurs de taille moyenne et des réducteurs de grande taille. Il ressort de ces éléments que les conditions de concurrence, prévalant sur le marché des réducteurs de vitesse de taille moyenne, ne sont pas susceptibles d'influer sur celles du marché des réducteurs de vitesse de grande taille et que ces deux marchés peuvent être considérés comme des marchés pertinents au sens de la jurisprudence du Conseil.
45. Toutefois, les statistiques relatives aux échanges extérieurs ne sont disponibles que pour l'ensemble du secteur *"réducteurs, multiplicateurs, variateurs de vitesse"*. Elles montrent que la demande intérieure est servie à hauteur de 50 % par les importations, dont 90 % proviennent d'autres pays de l'Union européenne et que 40 % de la production intérieure est exportée, dont 75 % vers des pays membres de l'Union européenne. Par ailleurs, la confrontation de l'offre et de la demande au niveau national ne présente aucune spécificité par rapport aux autres pays membres de l'Union. Ces éléments suggèrent que, en ce qui concerne la dimension géographique, l'ensemble de l'Union européenne devrait être pris en compte. Le Conseil ne dispose, cependant, d'aucun élément permettant d'apprécier si ces caractéristiques se retrouvent pour les échanges relatifs, d'une part, aux réducteurs de grande taille, d'autre part, aux réducteurs de taille moyenne.
46. L'estimation des parts de marché des sociétés concernées se heurte également à l'absence de données exhaustives distinguant réducteurs de grande taille et réducteurs de taille moyenne. Selon une estimation basée sur les données relatives aux ventes des principaux producteurs

implantés en France, Foc Transmissions vendait, en 1996, environ 10 % des réducteurs de taille moyenne commercialisés en France et la société CMD fournissait environ 26 % des réducteurs de grande taille vendus en France. Il s'agit là de la délimitation la plus étroite possible des marchés concernés. Les ventes de Foc Transmissions en Europe sont estimées à environ 1,4 % du total des réducteurs de taille moyenne et celles de CMD à 4,2 % des réducteurs de grande taille. Au total, il apparaît que, quelle que soit la délimitation retenue pour les marchés concernés, ni CMD, ni Foc Transmissions ne peuvent être considérés comme détenant une position dominante sur un marché.

47. En revanche, la position de monopole, détenue par la société Giat Industries sur le marché des chars de combat, pourrait, compte tenu des capacités de production de réducteurs de vitesse de taille moyenne qu'elle a développées dans le cadre de sa production principale, lui permettre d'abuser de ce monopole sur le marché des réducteurs de vitesse de taille moyenne, si, comme le soutient la société Usines Merger, cette situation lui donnait la possibilité, par des transferts de ressources provenant de son monopole, de céder, à ses filiales CMD et Foc Transmissions, des réducteurs à des prix inférieurs à leur coût variable de production. Le programme de diversification de Giat Industries, lequel visait en particulier à doter son établissement de Roanne principalement dédié à la production de chars de combats d'un plan de charge complémentaire et ce, en recourant notamment aux machines et au personnel disponibles au sein de cet établissement, en produisant des pièces mécaniques dont des réducteurs destinés à des usages civils, montre qu'il existe entre la production de chars de combat et celles de réducteurs de vitesse de taille moyenne, un lien de connexité suffisant pour que la position de monopole occupée par la société Giat Industries sur le premier marché puisse lui donner les moyens d'exercer un pouvoir de marché sur le second.

Sur l'existence d'une entente entre la société Giat Industries, les sociétés Foc Transmission et CMD, au détriment de la société Usines Merger.

48. Selon une jurisprudence constante, tant communautaire que nationale, les dispositions prohibant les ententes illicites ne s'appliquent pas, en principe, aux accords conclus entre des entreprises ayant entre elles des liens juridiques ou financiers, comme une société mère et ses filiales, ou les filiales d'une même société mère entre elles, ou comme les sociétés mères d'une filiale commune, si elles ne disposent pas d'une autonomie commerciale et financière, à défaut de volonté propre des parties à l'accord. En effet, en l'absence d'autonomie commerciale et financière, les différentes sociétés du groupe forment alors une unité économique au sein de laquelle les décisions et accords ne peuvent relever du droit des ententes.
49. Selon M. André A..., "*M. Z..., directeur de la branche transmission de puissance et fonderie de Gitech SA, participait activement à la définition de la politique commerciale des sociétés Foc Transmissions et CMD. M. Z... était, par ailleurs, présent dans les conseils d'administration de ces entreprises et pouvait accompagner leurs équipes à l'occasion d'opérations commerciales ou de communication. En fait, les filiales de Gitech SA ne disposaient que d'une faible autonomie à son égard.*"
50. Giat Industries et Gitech SA indiquent au contraire que "*Foc et CMD ont toujours conservé une complète autonomie de management, notamment commerciale, vis-à-vis de Gitech, en fixant de manière indépendante leur politique tarifaire. De même, Giat Industries n'est jamais intervenue dans la gestion de Foc ou CMD et en particulier dans leur politique commerciale*". Comme indiqué aux paragraphes 18 et 23, Giat Industries ne disposait pas de la majorité des sièges aux conseils d'administration de ses filiales. La DNEC indique également dans son rapport que "*la lecture des procès-verbaux des séances des conseils d'administration n'a révélé aucune décision prise sur demande des administrateurs*

représentant le Giat". Ainsi, selon CMD, "la participation du Giat dans le capital de CMD a été strictement financière, le Giat se contentant d'un rôle purement passif". De même, Foc Transmissions a pu choisir d'acquiescer, en 1997, les actifs de la société MAL contre l'avis de Giat Industrie. La DNEC indique également que "le personnel de direction n'est pas nommé par Gitech SA". CMD rappelle que son "actionnaire majoritaire [Mécadyne était] capable de désigner, seul, les organes sociaux" de la société.

51. Sur le plan commercial, Giat Industries ne disposait d'aucun pouvoir décisionnel. En dehors du soutien qu'elle a pu apporter à ses filiales s'agissant de l'accompagnement de leurs clients à son établissement de Roanne et, pour Foc Transmissions, d'un contrat de coopération industrielle et commerciale du 5 mai 1994 qui conférait à Giat Industries une mission de prospection et de commercialisation sous la direction de Foc Transmissions, aucun élément du dossier n'a révélé que Giat industries aurait pu s'immiscer dans l'action commerciale de ses filiales. Sur le plan économique, les flux échangés entre Giat Industries et CMD ont été négligeables. Bien que plus importants pour Foc Transmissions, ils n'ont jamais représenté une partie prépondérante de ses activités.
52. Il résulte de ce qui précède que les sociétés Foc Transmissions et CMD ont, chacune, disposé d'une autonomie suffisante vis-à-vis de Giat Industries pour que d'éventuelles pratiques concertées entre elles puissent être considérées comme ententes prohibées par l'article L. 420-1 du code de commerce, dans l'hypothèse où elles auraient pour objet ou pourraient avoir pour effet de restreindre le jeu de la concurrence sur un marché.
53. Toutefois, la convention du 6 février 1995, par laquelle Foc Transmissions concède à CMD le droit d'usage exclusif de la marque Ermex et s'engage à exécuter les commandes de réducteurs Ermex émanant de la société CMD, est un contrat courant entre fournisseur et client et ne présente aucune disposition ayant un objet ou pouvant avoir pour effet de fausser le jeu de la concurrence sur les marchés des réducteurs de vitesse sur lesquels sont présentes les entreprises concernées. En ce qui concerne la convention du 3 mars 1995, signée entre Giat Industrie et Foc Transmissions, pour une durée de 10 ans, elle précise que Giat Industries "s'engage à ne pas favoriser la fabrication de produits qui viendraient concurrencer ceux de la conception de Foc Transmissions" ; cette clause de non concurrence peut se justifier par le souci légitime de la société Foc Transmissions de protéger le savoir faire transmis, dans le cadre de cette convention confiant à Giat Industries la fabrication de la gamme Atlas. Au surplus, compte tenu de la faible part de marché détenue par la société Foc Transmissions sur le marché européen des réducteurs de taille moyenne, cette disposition ne peut avoir d'effet sensible sur l'intensité de la concurrence sur ce marché.

Sur l'éventuel abus de position dominante de Giat Industries

Sur le caractère prédateur des prix pratiqués par la société Giat Industries pour les réducteurs cédés aux sociétés Foc Transmissions et CMD

54. La jurisprudence, tant française que communautaire (notamment la Cour de justice des communautés européennes, dans son arrêt AKZO Chemie BV contre Commission des Communautés européennes du 3 juillet 1991) considère que des prix inférieurs à la moyenne des coûts variables (c'est-à-dire de ceux qui varient en fonction des quantités produites) doivent être considérés comme prédateurs. 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 ceux qui restent constants quelles que soient les quantités produites), et une partie, au moins, des coûts variables afférents à l'unité produite. 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.

55. En l'espèce, il ressort des conclusions du rapport d'enquête de la DNEC que les prix pratiqués par Giat Industries sur les réducteurs de la gamme Atlas-Ermex sont compris entre le coût variable et le coût complet de production de ces réducteurs. Les réserves, exprimées par l'enquêteur sur les "*carences manifestes*" relevées dans la comptabilité analytique de Giat Industries ainsi que sur l'"*insuffisante étanchéité*" observée entre les activités civiles et militaires de son établissement de Roanne qui ne lui ont pas permis de déterminer si Giat Industries faisait ou non "*supporter à son activité armement la couverture de la majeure partie des charges de structure de sa division Transmission de Puissance et Fonderie*", concernent l'évaluation des charges fixes supportées par les différentes activités et ne sont donc pas susceptibles d'affecter l'estimation des coûts variables effectuée par l'enquêteur.
56. En ce qui concerne les éléments complémentaires, relatifs à des commandes de la société Seval, fournis par la société Usines Merger dans le cadre de l'instruction (cf. paragraphe 28), les bons de commande fournis par la société Foc permettent de vérifier que, dans les affaires citées, Giat Industries ne lui a pas livré et facturé des réducteurs complets mais les mobiles de ces réducteurs. En conséquence, la comparaison avec les coûts variables de production de réducteurs complets estimés par la société Usines Merger n'est pas pertinente.
57. Sous réserve des incertitudes qui subsistent quant au partage des coûts de structure entre les activités militaires et civiles de Giat Industries, le rapport d'enquête de la DNEC conclut que les prix de cession des réducteurs pratiqués au bénéfice de la société Foc Transmissions sont inférieurs aux coûts totaux. Toutefois, aucun élément du dossier ne suggère que ces prix auraient été fixés dans le cadre d'un plan ayant pour but d'éliminer un concurrent de Foc Transmissions. La stratégie mise en avant par Giat Industries était de doter son établissement de Roanne d'un plan de charge complémentaire afin "*de rentabiliser son outil de production disponible et son savoir-faire technique*".
58. Au surplus, la mise en œuvre d'une stratégie prédatrice sur un marché sur lequel les ventes de Foc Transmissions ne représentent que 1,4 % du total des ventes paraît peu crédible, d'autant plus que des groupes d'envergure européenne voire mondiale opèrent sur ce marché.
59. La société Usines Merger soutient que, au cas d'espèce, l'activité principale de la société Giat Industries étant déjà déficitaire, la seule pratique de prix inférieurs aux coûts totaux, ajoutant des pertes nouvelles, doit être qualifiée de prédatrice puisqu'elle n'obéirait à aucune rationalité économique, si ce n'est en rapport avec le projet d'éliminer des concurrents.
60. Si, comme il est rappelé au paragraphe 54 ci-dessus, la pratique qui consiste, pour une entreprise en position dominante, à pratiquer des prix inférieurs à ses coûts variables, et donc à réaliser des pertes croissantes avec le volume de ses ventes, est présumée ne pouvoir s'expliquer que par la volonté d'évincer ses concurrents du marché, il n'en est pas de même si les prix pratiqués se situent entre les coûts variables et les coûts complets, puisque chaque unité vendue permet de couvrir une partie des coûts fixes qui ne serait pas couverte en l'absence de ventes. Au cas d'espèce, la stratégie mise en avant par Giat Industries laisse, de plus, supposer que l'outil de production et donc, une large partie des coûts fixes, étaient communs à l'activité principale et à l'activité de diversification. Il ne peut donc être soutenu que la production de réducteurs destinés à la société Foc Transmissions "*ajoutait des pertes*

aux pertes" puisque toute différence positive entre les prix de cession et les coûts variables permettait au contraire de couvrir une partie du déficit de l'activité principale.

Sur la pratique de prix abusivement bas

61. L'article L. 420-5 du code de commerce énonce que *"sont prohibées les offres de prix de vente aux consommateurs abusivement bas par rapport aux coûts de production, de transformation et de commercialisation, dès lors que ces offres ou pratiques ont pour objet ou peuvent avoir pour effet d'éliminer d'un marché ou d'empêcher d'accéder à un marché une entreprise ou l'un de ses produits"*. Seules, les offres aux consommateurs étant visées par cet article, le Conseil a indiqué que les prestations entre entreprises n'entraînent pas dans son champ d'application (décision n° 97-PB-01 du 12 mars 1997). Au surplus, le Conseil de la concurrence, à plusieurs reprises, a précisé que *"les dispositions envisagées, qui définissent le prix abusivement bas par rapport aux coûts de production, de transformation et de commercialisation, s'inscrivent dans la droite ligne de la jurisprudence communautaire et nationale sur les prix de prédation"*, notamment dans son avis n° 97-A-18 du 8 juillet 1998 concernant l'application de l'article 10-1 de l'ordonnance au secteur du disque. Il a également considéré dans cet avis que : *"En tout état de cause, seront pris en considération les coûts variables qui permettent de présumer un effet d'éviction ; la référence aux coûts moyens totaux ne peut être effectuée que si la pratique de prix bas est accompagnée d'indices suffisamment sérieux, probants et concordants d'une volonté délibérée de capter la clientèle au détriment du concurrent. Cette volonté peut résulter des conditions dans lesquelles la pratique a été mise en œuvre, notamment lorsqu'elle relève d'un comportement qui s'écarte de la politique commerciale habituelle du distributeur et/ou parce qu'elle est clairement dirigée contre un concurrent"*. Or, comme le Conseil l'a déjà constaté au paragraphe 57 ci-dessus, aucun élément du dossier ne suggère que les prix de cession de Giat Industries à la société Foc Transmissions auraient été fixés dans le cadre d'un plan ayant pour but d'éliminer un concurrent de Foc Transmissions.

Sur la perturbation durable du marché générée par les pratiques de Giat Industries, qui serait constitutive d'un abus de position dominante

62. La société Usines Merger fait encore valoir que, même si les prix de cession des réducteurs à Foc Transmissions ne peuvent être qualifiés de prédateurs, leur caractère anormalement bas a durablement perturbé le marché sur lequel elle opère et, qu'en conséquence, cette pratique doit être considérée comme prohibée par l'article L. 420-2 du code de commerce, conformément à la jurisprudence développée par le Conseil dans les décisions n° 2000-D-47, relative à des pratiques mises en œuvre par EDF et sa filiale Citélum sur le marché de l'éclairage public et n° 2000-D-50, relative à des pratiques mises en œuvre par la société La Française des jeux dans les secteurs de la maintenance informatique et du mobilier de comptoir. Dans ses observations, Usines Merger soutient que *"cette analyse s'applique parfaitement à Giat Industries, dans la mesure où cette société bénéficie d'une affectation explicite des commandes de l'Etat contenue dans les lois de programmation militaire, ce qui équivaut à l'attribution d'un monopole légal."*
63. Dans les décisions précitées, le Conseil a précisé que pouvait constituer un abus le fait, pour une entreprise disposant d'un monopole légal, c'est-à-dire un monopole dont l'acquisition n'a supposé aucune dépense et est insusceptible d'être contesté, d'utiliser tout ou partie de l'excédent des ressources que lui procure son activité sous monopole pour subventionner une offre présentée sur un marché concurrentiel lorsque la subvention est utilisée pour pratiquer des prix prédateurs ou lorsqu'elle a conditionné une pratique commerciale qui, sans être prédatrice, a entraîné une perturbation durable du marché qui n'aurait pas eu lieu sans elle. Il a ajouté qu'une subvention croisée pouvait, à elle seule, par sa durée, sa pérennité et son

importance, avoir un effet potentiel sur le marché. Il a également précisé que la mise à disposition de moyens tirés de l'activité de monopole pour le développement d'activités relevant du champ concurrentiel, sans contreparties financières reflétant la réalité des coûts, est constitutive de l'octroi de subventions susceptibles d'être qualifiées de pratiques anticoncurrentielles si l'une des conditions relevées ci-dessus est remplie.

64. Cependant, aucun des trois critères cumulatifs retenus par le Conseil dans les décisions citées ci-dessus n'est vérifié en l'espèce.
65. En premier lieu, les lois n° 96-589 du 2 juillet 1996 et n° 2003-73 du 27 janvier 2003 relatives à la programmation militaire respectivement pour les années 1997 à 2002 et 2003 à 2008 prévoient d'équiper l'armée de terre française en chars Leclerc. Néanmoins, comme le rappelle Giat Industries dans ses observations, l'attribution de ces commandes ayant débuté avant 1990, le ministère de la défense a pu décider sans mise en concurrence préalable de s'approvisionner auprès du Giat qui, ne disposant pas d'une personnalité juridique propre, constituait alors un service de ce ministère. En revanche, selon Giat Industries, la direction générale pour l'armement a aujourd'hui recours aux appels d'offres selon les règles des marchés publics "*à chaque fois que cela s'avère possible sur le plan technique*". Aussi, les lois de programmation militaires invoquées par Usines Merger font-elles simplement référence aux fournisseurs retenus par le ministère de la défense, sans préjudice de la procédure mise en œuvre pour leur sélection. En particulier, ces lois, qui ne contiennent aucune disposition en vertu desquelles les activités de production de chars de combat seraient confiées de façon exclusive à Giat Industries, ne visent pas à conférer à cette société un quelconque monopole légal. Bien plus encore, en l'absence de toute disposition législative de ce type, ce sont, au contraire, les règles de droit commun relatives à l'achat public qui s'appliquent, de telle sorte que, sur le plan légal, le ministère de la défense est tenu de mettre en concurrence ses fournisseurs potentiels au-delà des seuils spécifiés par le code des marchés publics. Il en résulte que le monopole de fait, dont dispose Giat Industries, non seulement n'est fondé sur aucune base légale mais encore ne paraît pas insusceptible d'être contesté.
66. En second lieu, il n'est pas contesté que l'activité de production de chars de combat de Giat Industries est déficitaire et ne génère pas d'excédents de ressources qui seraient à l'origine de subventions dont bénéficierait l'activité de diversification. L'occultation par la DGCCRF de la majeure partie des données détaillées de coûts analytiques, ainsi que, vraisemblablement, les carences de la comptabilité analytique dénoncées dans le rapport d'enquête administrative, mettent le Conseil dans l'impossibilité de vérifier, comme l'a fait la Commission Européenne dans sa décision du 20 mars 2001 Deutsche Post AG, que les prix de cession des réducteurs permettent de couvrir les coûts incrémentaux propres à cette activité, c'est-à-dire les coûts qui auraient été évités si cette activité n'avait pas été exercée, qui comprennent les coûts variables et les coûts fixes spécifiques à cette activité. Tout au plus, peut-il être présumé que le coût incrémental moyen de production d'un réducteur a pu s'établir à un niveau proche de son coût variable moyen de production, et donc à un niveau vraisemblablement inférieur à son prix moyen de cession, étant donné que Giat Industries semble avoir, pour l'essentiel, mobilisé pour la production des réducteurs de la gamme Atlas-Ermex des moyens matériels existants au sein de son établissement de Roanne, et partagés avec son activité principale. Mais, en tout état de cause, en l'absence d'excédent de ressources dégagé par l'activité principale, aucune subvention au sens dégagé par le Conseil dans ses décisions citées aux paragraphes 62 ci-dessus ne paraît possible. Il convient de rappeler ici que, quand bien même il serait établi que tant l'activité principale que l'activité de diversification étaient déficitaires et que ces déficits étaient couverts par la ressource publique, le contrôle des aides d'Etat relève de la compétence communautaire et non de celle des autorités nationales de la concurrence.

67. De même, les autres aides dénoncées par M. A..., concernant, d'une part, la présence de la société Foc Transmissions sur le stand de Giat Industries lors du salon Mécanelem en 1994 et, d'autre part, un prétendu soutien commercial ou en matière de recherche et de développement apporté par Giat Industries à ses filiales, ne paraissent pas, au vu du dossier, susceptibles de constituer une subvention susceptible de fausser le jeu de la concurrence sur un marché. Tout d'abord, la participation de Foc Transmissions au salon Mécanelem a été facturée par Giat Industries à hauteur de 43,8 kF TTC, montant qui n'apparaît pas excessivement bas au regard du coût effectivement supporté par Giat Industries du fait de la présence de sa filiale, laquelle semble avoir occupé une surface limitée du stand de Giat Industries. Par ailleurs, si Giat Industries a pu accorder à ses filiales, notamment à Foc Transmissions, la possibilité de faire visiter à leurs clients les ateliers de sous-traitance des produits de la gamme Atlas-Ermex de son établissement de Roanne, une telle pratique est courante dans le secteur de la mécanique et ne peut donc, en tout état de cause, avoir occasionné des perturbations durables du marché. Enfin, les sociétés CMD et Foc Transmissions ont avancé des éléments qui attestent de leur autonomie en matière de recherche et de développement. Selon un courrier communiqué le 19 mars 2002, Foc Transmissions a investi 5 millions de F en cinq ans pour le développement de sa gamme Atlas-Ermex. CMD a, pour sa part, déclaré le 16 avril 2003, avoir investi 7 MF en 1994, 7,3 MF pour 1995, 7,2 MF pour 1996 et 8,4 MF pour 1997, pour la recherche-développement.
68. En troisième lieu, il ne ressort pas des éléments du dossier que les prix de cession dont a bénéficié Foc Transmissions ont constitué un avantage déterminant par rapport à ses concurrents. Rien ne permet en effet d'infirmer les déclarations de Foc Transmissions selon lesquelles, sur les 25 affaires que la société Merger prétend avoir perdues du fait des prix bas pratiqués par la société Foc Transmissions, la plupart sont inconnues d'elle ou ne concernent pas les produits de la gamme Atlas dont la sous-traitance avait été confiée à Giat Industries. Au total, seuls deux marchés, pour un montant de 423 KF, auraient été remportés par Foc Transmission contre la société Usines Merger, ce qui paraît relever du jeu normal de la concurrence.
69. En conclusion, le Conseil estime que les pratiques dénoncées par la SA Usines Merger à l'encontre de Giat Industries, Gitech SA, Foc Transmissions et CMD, telle qu'elles ont été soumises à son examen pour avis par le tribunal de commerce de Versailles, ne contreviennent pas aux dispositions des articles L. 420-1, L. 420-2 et L. 420-5 du code de commerce.
- Délibéré sur le rapport oral de M. Soriano par Mme Hagelsteen, présidente, Mme Pasturel, vice-présidente et M. Nasse, vice-président.

La secrétaire de séance,
Christine Charron

La présidente,
Marie-Dominique Hagelsteen